



**IL RICORSO DI AMPARO ELETTORALE IN SPAGNA: IL TRIBUNALE
COSTITUZIONALE FRA GARANZIA DEI DIRITTI E GARANZIA DELL'ESERCIZIO
NON ARBITRARIO DELLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE.***

di

Claudia Nasi

*(Ricercatore di Diritto costituzionale
Università di Torino)*

20 febbraio 2013

§1. Il sistema di giustizia costituzionale spagnolo si caratterizza per la presenza del ricorso di *amparo* costituzionale, un ricorso individuale diretto, che permette al cittadino – in determinate circostanze e situazioni e allo scopo di tutelare i diritti fondamentali specificamente indicati in Costituzione – di adire direttamente il Giudice costituzionale. Tale ricorso è dato contro gli atti dei pubblici poteri: anche le pronunce dell'autorità giudiziaria sono impugnabili in *amparo* innanzi al Tribunale Costituzionale.

A tutt'oggi la maggior parte dei ricorsi di *amparo* costituzionale riguarda proprio atti od omissioni compiuti dai giudici nell'esercizio della funzione giurisdizionale: questa situazione è stata, come è ovvio, occasione di frequenti frizioni nelle relazioni fra le due giurisdizioni, frizioni acuite dal fatto che le sentenze del Tribunale Costituzionale – che è organo estraneo all'ordine giudiziario – possono sia modificare la decisione avverso la quale è stato sollevato ricorso di *amparo*, sia incidere sulla giurisprudenza futura, vincolandola alla *doctrina* elaborata dal Tribunale costituzionale a conclusione del giudizio¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ L'art. 5 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* afferma che l'interpretazione dei giudici comuni deve risultare conforme a quella fornita dal giudice costituzionale.

Attualmente una delle questioni più controverse, e che tocca direttamente uno dei nervi scoperti delle relazioni fra Tribunale costituzionale e giudice comune, è la seguente: può il Giudice costituzionale procedere al riesame dei fatti oggetto della pronuncia del giudice comune impugnata in *amparo*? Detto altrimenti: la ricostruzione e la qualificazione dei fatti di causa operata dal giudice comune ha carattere vincolante per il giudice dell' *amparo* costituzionale? Ancora: quali sono i poteri di accesso del Tribunale dell' *amparo* costituzionale al fascicolo processuale formatosi nel corso del giudizio comune?

Questione relevantissima ², che è stata spesso risolta dal Tribunale costituzionale a proprio favore con l'invocazione del diritto alla difesa ed alla tutela giudiziaria effettiva. Il Tribunale costituzionale, cioè, per giustificare il proprio sindacato sull'applicazione della legislazione sia organica che ordinaria da parte del giudice comune, ha spesso fatto ricorso all'art. 24 Cost. sp. articolo che, appunto, disciplina tali diritti. L'interpretazione estensiva dell' art. 24 Cost. sp. fornita in più occasioni dal giudice dell' *amparo* costituzionale per giustificare il proprio sindacato sulla motivazione fornita dal giudice comune a sostegno della propria decisione se, da un lato, ha accentuato il processo di progressiva costituzionalizzazione del diritto processuale spagnolo, dall'altro lato, ha accresciuto le incertezze intorno alla esistenza di una precisa linea di demarcazione e distinzione delle due giurisdizioni ³.

In realtà, l'art. 24 Cost. sp. non pare essere il principale argomento invocabile per la soluzione del problema del carattere vincolante per il Tribunale costituzionale della ricostruzione dei fatti di causa operata dal giudice comune. Tale controverso e delicato problema, pare, infatti, potersi risolvere in maniera diversa a seconda che si parta da una concezione soggettiva oppure da una concezione oggettiva del ricorso di *amparo*, vale a dire a seconda che si concepisca tale ricorso come strumento di tutela e garanzia dei diritti fondamentali - e, quindi come mezzo di impugnazione di natura essenzialmente soggettiva – oppure come strumento e

² Il problema è da sempre assai dibattuto: in argomento si veda, almeno, J. V. GIMENO SENDRA, La naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo, Revista Española de Derecho Constitucional 6, 1982, 43–60; R. SERRA CRISTÓBAL, La guerra de Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo, Tecnos, Madrid, 1999; L.M. Díez PICAZO, Sistema de derechos fundamentales, Madrid, Civitas, 2003; M. ARAGÓN REYES, Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo, Revista Española de Derecho Constitucional, 76, 2006, 170; F. FERNÁNDEZ SEGADO, El recurso de amparo como vía de generación de conflictual entre el Tribunal Supremo, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 98, 2003, 105-171; E. CARMONA CUECA, El recurso de amparo constitucional y el recurso de amparo judicial, in J. PEÑA GONZÁLEZ, Libro Omenaje a Iñigo Caverio Lataillade, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 181-193; A. HERRERA GARCÍA, El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, un elemento atípico?, Revista para el Análisis del Derecho, 1, 2011, 1-28;

³ In proposito, per tutti, si vedano: I. BORRAJO, I. Díez PICAZO, G. FERNÁNDES FERRARES, El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo, Madrid, 1995; G. ROLLA, L'interpretazione adeguatrice fra Tribunale costituzionale e giudici comuni in Spagna, Giur. Cost., 2010, 18165 ss..

garanzia del progressivo affermarsi e prevalere delle scelte interpretative in materia di diritti fondamentali operate dal Tribunale costituzionale ⁴.

Il problema in parola, pare, in altri termini, legato alla configurazione alternativa del giudizio di *amparo* costituzionale 1) vuoi, come giudizio finalizzato ad accertare se una sentenza, intesa come *facto*, abbia o meno leso un diritto fondamentale costituzionalmente tutelato, 2) vuoi, come giudizio teso esclusivamente ad accertare se una data sentenza sia viziata da una cattiva interpretazione o applicazione di una norma costituzionale in materia di diritti fondamentali, e sia, pertanto, viziata nella sua parte motiva ⁵. Soltanto accedendo alla configurazione sub. 2) ha, infatti, senso chiedersi se l'accertamento e la qualificazione dei fatti di causa operata dal giudice comune abbia il potere di vincolare il Tribunale costituzionale, o se vi siano limiti di accertamento probatorio e di accesso agli atti istruttori da parte del Giudice costituzionale medesimo. Nella configurazione sub.1), invece, il problema del carattere vincolante per il Tribunale costituzionale della ricostruzione dei fatti operata dalla sentenza oggetto di ricorso di *amparo* non si pone: nella prospettiva indicata sub.1), infatti, il Giudice costituzionale, non deve tanto conoscere degli stessi fatti già conosciuti dal giudice comune, quanto, piuttosto, giudicare e ricostruire tutte le circostanze del caso cui si riferisce la sentenza impugnata in *amparo* qualificabili come rilevanti ai fini dell'accertamento dell'avvenuta lesione di un diritto costituzionalmente protetto. In tale ricostruzione, inoltre, il controllo del Giudice dell'*amparo* costituzionale non può limitarsi ad accertare se la sentenza impugnata sia sorretta da una buona motivazione, ben potendo darsi il caso che, nonostante il vizio di motivazione, la sentenza non leda alcun diritto fondamentale: una volta riscontrato il vizio di motivazione, infatti, nulla vieta al Giudice di accertare e verificare tutte le circostanze e le situazioni di fatto di cui lo stesso Giudice affermi la rilevanza ai fini della decisione sulla lesione di un diritto fondamentale. I poteri ricostruttivi ed istruttori del Tribunale costituzionale nell'ipotesi sub.1) sono, dunque, diversi rispetto a

⁴ In questo senso si veda G. FERNÁNDEZ FERRARES, La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), in AA.VV., Hacia una nueva jurisdicción constitucional, Valencia, 2008, 130 ss, A. GARRORENA MORALES, La ley orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal constitucional. Notas para una crítica, in AA.VV., Hacia una nueva jurisdicción ... cit., 216 ss.

⁵ L'alternativa tra le due distinte concezioni del ricorso di *amparo* si è fin da subito evidenziata in modo netto nella dottrina spagnola. In argomento si vedano, L. M. DÍEZ PICAZO, Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo, Rev. Esp. Der. Const., 40, 1994; L.M. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, A. DE LA OLIVA SANTOS, Tribunal constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales, Madrid, McGraw Hill, 1996; T. PÉREZ TREMPES, La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal, in Constitución y derecho público: estudios en homenaje a Santiago Varela, Valencia, 1995; BUSTOS GISBERT, Está agotado el modelo de recurso de *amparo* diseñado en la Constitución española?, Derecho procesal, 4, 1999. In argomento nella letteratura giuridica italiana di recente si veda G. ROLLA, L'interpretazione adeguatrice tra Tribunale costituzionale e Giudici comuni in Spagna, Giur. Cost., 2010, 2, 1865.

quelli riconducibili all'ipotesi sub.2), non dovendosi necessariamente arrestare il giudizio del Tribunale costituzionale una volta accertato il vizio di motivazione⁶.

L'interesse nei confronti dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla questione del carattere vincolante o meno per il giudice dell' *amparo* costituzionale della ricostruzione dei fatti di causa operata dal giudice comune è tanto maggiore quanto più si pensi che anche i dibattiti suscitati dalla recente riforma della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* sono senz'altro segnati e percorsi dalle alternative fra le due diverse ricostruzioni e configurazioni del ricorso di *amparo* costituzionale appena descritte⁷: l'atteggiamento della giurisprudenza costituzionale sul punto può costituire un importante banco di verifica dell'effettivo orientarsi della giurisprudenza costituzionale, vuoi nel senso della oggettivizzazione del ricorso di *amparo*, vuoi nel senso, invece, dello sfumare della distinzione fra carattere soggettivo e carattere oggettivo della garanzia.

Gli svolgimenti della giurisprudenza costituzionale su un punto tanto cruciale e controverso possiedono, dunque, un importante valore sintomatico dell'orientarsi del giudizio di *amparo* costituzionale verso l'una o l'altra delle configurazioni alternative del medesimo sopra

⁶ CORDÓN MORENO, El proceso de amparo constitucional, Madrid, 1987; J VEGAS TORRES, Reflexiones sobre el recurso de amparo al hilo de una polémica suscitada por la sala Primera del Tribunal Constitucional, Teoría y realidad constitucional, 8-9, 2001-2002, 117-152.

⁷ Come è noto tale riforma è intervenuta, fra l'altro, sulla disciplina dei requisiti di ammissibilità del ricorso di *amparo*, introducendo come nuovo requisito di ammissibilità del ricorso la "speciale rilevanza costituzionale" del medesimo: essa ha, inoltre, precisato che tale requisito deve essere valutato sulla base dell'importanza del ricorso stesso per: a) l'interpretazione della Costituzione; b) l'applicazione e l'efficacia generale della stessa; c) la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali (art. 49 LOTC). oggettivizzandosi". In questo senso si veda G. FERNÁNDEZ FERRARES, La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), in AA.VV., Hacia una nueva jurisdicción constitucional, Valencia, 2008, 130 ss, A. GARRORENA MORALES, La ley orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal constitucional. Notas para una crítica, in AA.VV., Hacia una nueva jurisdicción ... cit., 216 ss.

La riforma in parola, secondo tale prospettiva interpretativa, verrebbe ad assicurare una tutela soltanto indiretta ed astratta ai diritti fondamentali, dovendo la lamentata violazione di natura soggettiva di un diritto fondamentale necessariamente accompagnarsi ad una rilevanza di natura oggettiva del ricorso: tale rilevanza sarebbe, infatti, legata alla garanzia della corretta implementazione da parte del giudice comune della *doctrina* del Tribunale costituzionale in materia di diritti fondamentali. A tali critiche altra parte della dottrina ha risposto sostenendo la piena compatibilità della nuova legislazione organica con il testo costituzionale: questo, anche dal punto di vista della tutela soggettiva dei diritti fondamentali, essendo tale tutela comunque garantita nel momento in cui il ricorso viene dichiarato ammissibile, dovendo tale ricorso essere giudicato " .. nel merito della sua concretezza (violazione o meno dello specifico diritto in quella particolare fattispecie portata a giudizio del TC) ed a ricevere quindi una tutela assolutamente diretta e per niente indiretta, come riflesso di altri, superiori valori o finalità" ⁷. In tale prospettiva, cioè, la tutela fornita dal ricorso di *amparo* costituzionale sarebbe, comunque, una tutela di tipo "diretto", potendo il giudice costituzionale conoscere il caso nel "merito", venendo così a sfumare, facendola perdere di rilievo, la distinzione fra carattere oggettivo e carattere soggettivo della garanzia. R. ROMBOLI, La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. "oggettivizzazione" dell' *amparo* costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana, Relazione al Seminario de Derecho y Jurisprudencia, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 12 novembre 2009. In questo senso si veda anche M. ARAGÓN REYES, La riforma della legge organica del Tribunal Constitucional, Riv. Dir. Cost., 2008, 111 ss; ID, L'interpretazione della Costituzione e delle leggi da parte del Tribunal Constitucional e la sua forza vincolante, Riv. Dir. Cost., 2007, 52.

descritte. Un attento monitoraggio degli sviluppi della giurisprudenza costituzionale su tale questione, dunque, si impone.

Di particolare rilevanza a questi fini pare essere la sentenza n. 62 del 5 maggio 2011, con la quale il Tribunale costituzionale spagnolo ha deciso un ricorso di *amparo* elettorale che ha suscitato in Spagna molta attenzione per le ricadute del medesimo sui processi elettorali allora in corso: nel fare ciò il Tribunale costituzionale è intervenuto sulla qualificazione giuridica dei fatti di causa ed ha operato un controllo sull'*iter* argomentativo seguito dal giudice comune, controllo che ha suscitato perplessità in dottrina. Di qui, l'importanza ed il rilievo della pronuncia medesima ai fini dell'approfondimento delle questioni in questa sede trattate. E' proprio dall'esame di tale pronuncia che prende le mosse il presente lavoro.

§ 2. Con sentenza del 5 maggio 2011 il Tribunale Costituzionale spagnolo ha accolto il ricorso di *amparo* presentato dalla Coalizione elettorale "BILDU- Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen" contro la sentenza di annullamento di alcune liste elettorali pronunciata, il 1 maggio 2011, dalla Sezione Speciale del Tribunale Supremo di cui all'art. 61 della Legge Organica del Potere Giudiziario. Con tale pronuncia il Tribunale Costituzionale ha, cioè, accolto il ricorso di *amparo* nei confronti della sentenza con la quale la Sezione Speciale del Tribunale Supremo aveva annullato le liste elettorali – presentate in occasione delle elezioni locali da tenersi in tutta la Spagna e delle elezioni sia comunali che per il Parlamento della Navarra, e per le elezioni delle Giunte Generali dei Territori Storici di Álava, Guipúzcoa, Vizcaya - in cui era presente la coalizione elettorale BILDU.

La pronuncia della Sezione Speciale del Tribunale Supremo oggetto del ricorso di *amparo* aveva sostanzialmente ritenuto che la formazione politico-elettorale BILDU altro non rappresentasse che lo strumento di prosecuzione sotto altro nome dell'attività della formazione politica Batasuna, a suo tempo sciolta dall'autorità giudiziaria spagnola per i suoi legami con l'organizzazione terroristica denominata ETA. In sostanza: BILDU secondo il Tribunale Supremo avrebbe rappresentato – dopo i falliti tentativi esperiti dalla disciolta Batasuna di reincarnarsi ora in nuovi partiti politici, ora in formazioni e raggruppamenti politici che, anche se non qualificabili formalmente come partiti politici, ben potevano essere *de facto* reputati tali – una riproposizione dello stesso tipo di attività di appoggio politico alla violenza terroristica dell'ETA che già avevano giustificato lo scioglimento di Batasuna, riproposizione finalizzata all'elusione delle conseguenze del provvedimento di scioglimento di Batasuna medesima.

La sentenza oggetto del ricorso di *amparo* era stata adottata in virtù dei poteri conferiti al giudice ordinario in materia di controllo sui partiti politici dalla *Ley Orgánica de Partidos Políticos* n. 6 del 27 giugno 2002 (LOPP), la cui approvazione è stata il frutto di un largo consenso fra le principali forze politiche del tempo, già formalizzato nell' "Acuerdo por las libertades y contra el terrorismo" sottoscritto sia dal Partito Socialista che dal Partito Popolare a Madrid l'8 dicembre del 2000 ⁸.

La Legge Organica n. 6 del 27 giugno 2002 sui Partiti Politici (LOPP) ha introdotto un innovativo meccanismo di scioglimento di quei partiti politici :

- che incorrano nei casi qualificati come associazione illecita dalla legge penale.
- che ledano in modo continuato, reiterato e grave l'esigenza di una struttura interna democratica o di funzionamento democratico dei partiti medesimi, in conformità a quanto disposto dagli artt. 7 ed 8 della stessa Legge Organica.
- la cui attività non rispetti, in modo grave e reiterato, i principi democratici o si prefigga l'obiettivo di deteriorare o distruggere il regime delle libertà o di rendere impraticabile o di eliminare il sistema democratico, attraverso i comportamenti di cui all' art. 9.

Mentre le due prime cause di scioglimento dei partiti politici hanno un addentellato diretto nel testo costituzionale (l'art. 22, 2.c. Cost. sp vieta, infatti, le associazioni che perseguano fini od utilizzino mezzi considerati dalla legge come delitti, e l'art. 6 Cost. sp. esige che la struttura ed il funzionamento interno dei partiti politici siano democratici), minori agganci immediatamente evidenti nel testo costituzionale sembra avere la terza causa prevista dal secondo comma dell'art. 10 LOPP. Quest'ultima previsione ha suscitato maggiori perplessità

⁸ La dottrina che si è specificamente occupata della Ley Orgánica de Partidos Políticos n. 6 del 2002 è abbondante. Al riguardo si vedano, per tutti, R.L. BLANCO VALDÉS, A proposito della illegalizzazione di Batasuna, Quad. Cost., 4, 2002; F. CARRERO SERRA, Los partidos en nuestra democracia de partidos, Rev. Esp. Der. Const., 70, 2004; L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos políticos, re. Aranzadi del Tribunal Constitucional, 15, 2002; B. ALÁEZ CORRAL, Libertad de expresión e ilegalización de partidos políticos, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 15, 2002; M. PULIDO QUECEDO, A vueltas con la nueva Ley de Partidos Políticos, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 9, 2002; L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Lealtad constitucional, defensa de la Constitución y partidos políticos, Teoría y realidad constitucional, 10-11, 2002 – 2003; E. VÍRGALA FORURIA, Los límites constitucionales de los partidos políticos en la LO 6/2002, Teoría y realidad constitucional, 2002/2003, 203, 262; M. ESPARZA OROZ, La ilegalización de Batasuna. El nuevo régimen jurídico de los partidos políticos, Navarra, Thomson – Aranzadi, 2004; F. FERNÁNDEZ SEGADO, Algunas reflexiones sobre la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, al hilo de su interpretación por el Tribunal Constitucional, Rev. Estudios Políticos, 125, 2004; J. A. MONTILLA MARTOS, La prohibición de Partidos Políticos, Almería, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2004; E. ÁLVAREZ CONDE, El Derecho de Partidos, Madrid, Colex, 2005; J. TAJADURA TEJADA, Partidos Políticos y Constitución, Madrid, Cuadernos Civitas, 2004; S. CURRERI, Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo, Firenze, Firenze University Press, 2005; M. PÉREZ-MONEO AGAPITO, La disolución de Partidos Políticos por actividades antidemocráticas, Valladolid, Ed. LEX Nova, 2007; M. IGLESIAS BÁREZ, La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento español, Granada, Comares, 2008.

in dottrina⁹, ma non vi è dubbio che essa costituisce la causa di scioglimento di maggior rilievo pratico: proprio in forza di quest'ultima norma, infatti, nel 2003 si è realizzata in Spagna la messa fuori legge di tre partiti politici (Herri Batasuna, Euskal Herritarrok e Batasuna) ritenuti parte di una medesima formazione partitica *de facto*, il cosiddetto *entramado Batasuna*, reputato responsabile – a causa del suo appoggio alla violenza terrorista dell' ETA - di attività contrarie ai valori costituzionali ed ai principi democratici¹⁰.

La stessa LOPP ha, poi, inteso colpire comportamenti qualificabili come adottati in frode alla legge o con abuso di personalità giuridica (art.12, c.1., l.b), consentendo (art.12, c. 3), lo scioglimento di quel partito politico che riprenda o continui l'attività di un partito politico sciolto in forza di tale legge, qualora si provi la “ ... sostanziale somiglianza di entrambi i partiti politici, delle loro strutture, della loro organizzazione o del loro funzionamento, delle persone che li compongono, dirigono, rappresentano o amministrano, della provenienza dei mezzi di finanziamento o materiali, o di qualsiasi altra circostanza rilevante, quale la loro inclinazione ad appoggiare il terrorismo o la violenza, e che consenta di valutare tale continuità o successione alla luce dei dati e dei documenti impiegati nel (primo) procedimento in cui si sono decise la messa fuori legge e lo scioglimento ..”.

Identica *ratio* – e pressochè identica formulazione letterale - sorregge, poi, la modifica dalla stessa LOPP operata (art. 2 Disp. Agg.), degli articoli 44 e 49 della *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* (LOREG), modifica con la quale si è vietata la presentazione di candidature elettorali provenienti non tanto da partiti politici, quanto da raggruppamenti di

Per la dottrina italiana, si vedano, almeno: S. CECCANTI, Spagna: diventa una democrazia protetta?, in <http://www.Forumcostituzionale.it>, 2002; I. NICOTRA, La nuova legge organica sui partiti politici in Spagna al primo banco di prova: il procedimento di illegalizzazione di Batasuna, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2002; M. CHERCHI, La nuova legge spagnola sui partiti politici. Strumento di democrazia o atto incostituzionale?, DPCE, 2003, II; A. BURATTI, La condotta antidemocratica dei partiti politici come “illecito costituzionale”, in DPCE, II, 2003; E. CANITANO, La nuova legge organica sui partiti in Spagna e la disciplina del procedimento di controllo sulla democrazia interna dei partiti, in <http://www.Associazionedeicostituzionalisti.it>, 2002.

¹⁰ La legittimità dello scioglimento di *Batasuna* e di *Herri Batasuna* è stata affermata anche dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo con sentenza del 30 giugno 2009. In quella stessa data la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, altresì, respinto i ricorsi sollevati sia da *Etxebberria ed altri c. Spagna*, sia da *Herritarren Zerrenda c. Spagna*, soggetti politici cui era stata impedita la partecipazione alla competizione elettorale in quanto ritenuti continuatori dell'attività dei disciolti *Batasuna* ed *Herri Batasuna*. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 30/06/2009, caso *Etxebberria ed altri c. Spagna*, ric. 35579/03; 35613/03; 35626703; 35634/03; *Herritarren Zerrenda c. Spagna*, ric. 43518/2004. In argomento si vedano, almeno, L. MARTIN RETORTILLO BAQUER, La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre el entorno de ETA, in *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 2010, 117- 158; J. TAJADURA TEJADA, La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición de partidos políticos, in <http://www.juridicas.unam.mx>, 2008; 1431 – 1475; I. SERRANO MAILLO, El derecho a la libertad de expresión en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,: dos casos españoles, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, 579 – 596.

elettori e si è previsto uno specifico procedimento per l'impugnazione di tali candidature ¹¹: questo, proprio per evitare che il divieto di prosecuzione dell'attività dei partiti politici possa essere facilmente eluso non soltanto attraverso la formazione di nuovi partiti politici ma anche da gruppi di elettori che "... di fatto proseguano o succedano nell'attività di un partito politico dichiarato illegale o sciolto o sospeso dal giudice ..." : si tratta di una norma introdotta proprio allo scopo di scoraggiare nel modo più completo possibile comportamenti elusivi del divieto di prosecuzione dell'attività dei partiti politici messi fuori legge, anche qualora detti comportamenti siano tenuti non tanto da veri e propri partiti politici, quanto da formazioni sociali di diverso tipo, non strettamente riconducibili alla forma partitica, ma comunque dotate di pretese di partecipazione a competizioni elettorali.

E' proprio in forza di tali modifiche alla LOREG che la Sezione Speciale del Tribunale Supremo ha pronunciato la sentenza di annullamento delle liste elettorali oggetto del ricorso di *amparo* di cui ci occupiamo in questa sede. Detto altrimenti: la pronuncia del Tribunale Supremo nei cui confronti era stato presentato il ricorso di *amparo* deciso dal Tribunale Costituzionale con sentenza del 5 maggio 2011 ha provveduto ad annullare le liste elettorali in cui era presente la coalizione elettorale BILDU proprio in forza della Disposizione Aggiuntiva seconda della LOPP, nella parte in cui questa modifica gli artt. 44 e 49 della *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* e consente di escludere quelle candidature nei cui confronti risulti provato il rapporto di continuità o successione con i partiti politici sciolti o sospesi in base alla legge.

La LOPP, secondo quanto già anticipato, disciplina uno specifico procedimento per ottenere lo scioglimento o la sospensione dei partiti o dei gruppi politici fraudolentemente continuatori o successori nell'attività di un partito politico messo fuori legge. L'iniziativa spetta al Pubblico Ministero o al Governo, il quale ultimo interviene o *motu proprio* o su istanza del Congresso dei Deputati o del Senato ¹². Nel nostro caso l'iniziativa è stata assunta sia dall'Avvocatura dello Stato – su istanza del Governo - in data 27 aprile 2011, sia dal Pubblico Ministero, in data 28 aprile del medesimo anno.

§ 3. La giurisdizione in materia di scioglimento o sospensione dell'attività di partiti o gruppi politici è stata attribuita dalla LOPP non al Tribunale Costituzionale, ma ad un'apposita Sezione del Tribunale Supremo, vale a dire alla *Sala Especial del Tribunal Supremo* di cui

¹¹ Si tratta del procedimento di cui all'art. 11, c.1 LOREG.

¹² Il Governo può agire o di propria iniziativa o su istanza del Congresso dei Deputati o del Senato: in materia si vedano le osservazioni critiche di M. ESPARZA OROZ, *La ilegalización de Batasuna*, Ed Aranzadi, 2004.

all'art. 61 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*: si tratta di una Sezione del Tribunale Supremo già esistente nel momento di approvazione della LOPP e già dotata di importanti competenze sia in materia civile, che penale, che amministrativa ¹³. Essa è composta dal Presidente del Tribunale Supremo, da due magistrati per ogni Sezione del medesimo Tribunale (il più anziano ed il più giovane nella carica) oltre che dai Presidenti di ciascuna Sezione da cui è formato lo stesso Tribunale Supremo ¹⁴. La scelta a favore della Sezione Speciale è stata spiegata nella *Exposición de Motivos* della medesima legge organica col fatto che tale sezione, per la sua particolare composizione, simbolizza e rappresenta il *plenum* del Tribunale Supremo ¹⁵.

Nonostante non fossero mancate in passato posizioni dottrinali favorevoli alla modifica della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* tese a riconoscere in capo al Tribunale Costituzionale giurisdizione in materia di controllo sull'attività dei partiti politici ¹⁶, il legislatore organico del 2002 ha preferito evitare di sottrarre al *Poder Judicial* una competenza - quella cioè a pronunciarsi sulla messa fuori legge di un partito politico - che lo stesso Tribunale Costituzionale con la sentenza n. 3 del 1981, nel vigore della vecchia normativa sui partiti politici, aveva ritenuto non contrastare con la Costituzione e che, anzi, parte della dottrina si era addirittura spinta a considerare come direttamente discendente dal quarto comma dell'art. 22 Cost. sp.. Tale norma afferma, infatti, che “Le associazioni potranno essere sciolte o sospese soltanto in forza di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria” e in dottrina non era mancato chi vedeva in essa una riserva di giurisdizione ordinaria, capace di rendere addirittura necessaria una modifica espressa della Costituzione per l'eventuale riconoscimento della competenza in parola in capo al Tribunale Costituzionale. A favore di questa soluzione interpretativa si adduceva la mancata previsione da parte della Costituzione spagnola di specifiche cause di declaratoria di incostituzionalità dei partiti politici le quali, uniche, avrebbero potuto giustificare l'intervento del Tribunale Costituzionale: quelle previste dalla *Ley Orgánica de Partidos Políticos* sarebbero state mere “causas de ilegalidad, no ... de incostitucionalidad.”, e, conseguentemente, sarebbero rientrate

¹³ A titolo d'esempio basti ricordare che la Sezione Speciale presso il Tribunale Supremo ha competenze importanti e delicate in materia di ricusazione o di responsabilità civile del Presidente del Tribunale Supremo o dei vari Presidenti di Sezione del medesimo, oppure, ancora, di revisione delle sentenze pronunciate in unica istanza dalla Sezione del contenzioso-amministrativo del Tribunale Supremo.

¹⁴ A tal fine, vale a dire per l'attribuzione di siffatta competenza alla Sezione Speciale del Tribunale Supremo, la *Ley Orgánica de Partidos Políticos* ha modificato *Ley Orgánica del Poder Judicial* n.1/7/1985, n.6, introducendo il n.6 al primo comma dell'art.61.

¹⁵ Ley Orgánica 6 / 2002, de 27 de Junio, de Partidos Políticos, *Exposición de Motivos*, par.V

¹⁶ Al riguardo si veda, a titolo d'esempio, F. RUBIO LLORENTE, La ley y la demanda, *El País*, 17 maggio 2002.

nell'orbita della giurisdizione ordinaria. In tale prospettiva soltanto la previsione di un controllo sulla costituzionalità degli statuti e dei programmi dei partiti politici avrebbe potuto rendere necessario l'intervento del Tribunale Costituzionale, mentre un semplice controllo sull'attività dei partiti politici ben sarebbe stato compatibile con l'attribuzione della relativa giurisdizione in capo alla giustizia ordinaria.

Ma, al di là della fragilità o meno delle soluzioni interpretative appena ricordate, non vi è dubbio che la scelta - operata dalla LOPP n.6 del 2002 - di mantenere la giurisdizione sullo scioglimento e sulla sospensione dell'attività dei partiti politici (o dei partiti politici o dei gruppi di elettori fraudolentemente successori o continuatori dell'attività di partiti politici in precedenza sciolti o sospesi) in capo alla Magistratura ordinaria anziché attribuirla al Tribunale Costituzionale, è pienamente rispondente all'intenzione del legislatore storico, come risulta sia dai lavori preparatori che dalla *Exposición de Motivos* della medesima legge organica: in particolare, quest'ultima pare implicitamente avallare tali ricostruzioni, da un lato evidenziando le peculiarità del modello spagnolo rispetto a quello proprio di altre esperienze costituzionali caratterizzate dal controllo sugli statuti e sui programmi dei partiti politici, dall'altro lato, facendo espresso riferimento proprio a quel precedente della giurisprudenza costituzionale – vale a dire alla sentenza n. 3 del 1981 – spesso invocato come argomento portante dai sostenitori della tesi della riserva di giurisdizione ordinaria.

In tale contesto appare particolarmente significativo il fatto che il Tribunale Supremo, da subito, in una pronuncia ¹⁷ in materia di successione o continuazione fraudolenta nell'attività di partiti politici messi fuori legge ai sensi della LOPP da parte di nuove formazioni politiche, abbia sottolineato che il rapporto di derivazione vietato dalla LOPP è soltanto quello operativo, e non anche quello ideologico, ed abbia collegato tale affermazione proprio alla scelta - operata dal Costituente – di garantire la libertà delle formazioni politiche di non condividere i principi di fondo della costruzione costituzionale, purchè la loro azione si mantenga all'interno della legalità. Tale sottolineatura - anche se operata in un contesto principalmente teso al chiarimento ed all'elaborazione di adeguati criteri di prova del rapporto di successione o di continuazione fraudolenta dell'attività di soggetti politici messi fuori legge – assume anche il significato di una riaffermazione dei fondamenti ultimi della propria giurisdizione, in contrapposizione ed alternativa a quella costituzionale. La dichiarata assunzione da parte del Tribunale Supremo del ruolo di garante della libera autodeterminazione ideologica dei partiti politici vale – dunque - anche a garanzia del

¹⁷ Trib. Supr. 27 marzo 2003, FJ2.

radicamento su solide basi della propria giurisdizione in materia di controllo sui partiti politici: di qui, forse, l'interesse del giudice ordinario di presentarsi come tutore della scelta a favore dell'ammissibilità di partiti anti-sistema, scelta operata dal Costituente spagnolo del 1978 in netta contrapposizione alla soluzione adottata dalla Legge fondamentale tedesca che espressamente afferma l'incostituzionalità dei partiti politici che seguono ideologie contrarie all'ordinamento liberale e democratico ¹⁸ ed, invece, in decisa derivazione sul punto dal modello italiano, il quale non pone vincoli ideologici ai partiti politici, consentendo

¹⁸ La letteratura giuridica in materia è decisamente abbondante: un cenno comparatistico alla diversità fra modello tedesco e modello spagnolo in materia di controlli e limiti ai partiti politici è presente nella gran parte degli scritti dedicati alla disciplina costituzionale dei partiti politici spagnoli. Sulla scelta operata dal Costituente spagnolo del 1978 in materia di libertà ideologica dei partiti politici si vedano, nella dottrina di lingua spagnola, almeno: P. DE VEGA, *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1977; R. MORODO, *Los partidos políticos en España*, Barcellona, Ed. Labor, 1978; M. RAMÍREZ, *Los Partidos Políticos en la Constitución Española de 1978*, Revista de Estudios Políticos, n. 13, 1980, 48; J. JIMÉNEZ CAMPO, *Sobre el régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos*, Rev. Der. Político, 26, 1988; ID, *La invención estatal del pluralismo*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1, 1981; L. AGUIAR DE LUQUE, *Artículo 22: derecho de asociación*, in O. ALZAGA VILLAMIL, *Comentarios a las leeyes políticas*, Constitución española de 1978, Madrid, EDESA, 1984; L. AGUIR DE LUQUE, M. MIGUEL SANCHEZ MORÓN, *Artículo 23. Derecho de participación*, in O. ALZAGA VILLAMIL, *Comentarios*, cit., ... 1984; J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *Sobre la constitucionalización de los partidos políticos en el derecho constitucional y en el ordenamiento español*, Revista de Estudios Políticos, 45, 1985; P. CASTELLANO CARDALLIAGUET, *La regulación jurídico-constitucional de los partidos políticos*, in *Jornadas sobre el Título Preliminar de la Constitución*, III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987; F. DORADO FRÍAS, *El pluralismo político en la Constitución española de 1978*, in *Jornadas sobre el título preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1987; L.M. DÍEZ PICAZO, *Problemas constitucionales de la relevancia pública de los partidos políticos: el control judicial*, *Jornadas sobre el título I de la Constitución*, Ministerio de Justicia, III, 1987; M. ARAGÓN REYES, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1990; R. BLANCO VALDÉS, *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, 1990; J. L. CASCAJO CASTRO, *Controles sobre los partidos políticos*, in J. ENCINAR, *Derecho de partidos*, Madrid, Espasa Calpe, 1990, 184 ss.; J. BERMEJO VERA, *La dimensión constitucional del derecho de asociación*, Rev. Adm. Púb. 136, 1995; GARCÍA COTARELO, *Los partidos políticos*, Madrid, Sistema, 1985; R. MORODO, P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El ordenamiento constitucional de los partidos políticos*, Mexico, Universidad Autónoma de Mexico, 2001; A. H. CATALÁ Y BAS, *La (in)tolerancia en el Estado de Derecho*, Valencia, R.G.D., 2002; A. HINAREJOS PARGA, *La prohibición de partidos políticos como mecanismo de defensa de la Constitución*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 10/11, 2002-2003; P. FERNÁNDEZ – VAGAS BARTOLOMÉ, *La prohibición de partidos políticos contrarios al ordenamiento constitucional*, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, Corts Valencianes, 14, 2003; D. IÑIGUEZ, S. FRIEDEL, *Prohibición de partidos políticos en la República Federal de Alemania: significado político y cuidados jurídicos de la declaración de incostitucionalidad por el Tribunal Constitucional*, in *Claves de Razón Práctica*, n. 122, 2002; S. FRIEDEL, D. IÑIGUEZ, *Prohibición de partidos políticos en la República Federal de Alemania: significado político y cuidados jurídicos de la declaración de incostitucionalidad por el Tribunal Constitucional*, *Claves de Razón Práctica*, 122, 2002; F.J. ECHARRI CASI, *Disolución y suspensión judicial de partidos políticos*, Madrid, Dykinson, 2003; M. MORLOK, *La prohibición de partidos políticos en Alemania*, in J. A. MONTILLA MARTOS, *La prohibición de partidos políticos*, Almería, Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, 2004; P. MARTÍNEZ RUANO, *La prohibición de partidos: un debate abierto*, in MONTILLA MARTOS, *La prohibición* ... cit.; E. ÁLVAREZ CONDE, *El Derecho de Partidos*, Madrid, Colex, 2005; M. IGLESIAS BÁREZ, *la prohibición de partidos políticos en Francia, Alemania y España*, in *Derecho en libertad*, Monterrey, Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2, 2009, 133-165; J. CORCURA ATIENZA, J. TAJADURA TEJADA, E. VÍRGALA FORURIA, *La ilegalización de Partidos Políticos en las democracias occidentales*, Madrid, Dykinson, 2012.

Un esame comparato delle affinità e delle differenze in materia di limitazioni ideologiche dei partiti politici in Spagna ed in Germania si rinviene, nella dottrina italiana, in C. PINELLI, *Disciplina e controllo della democrazia interna dei partiti*, Padova, Cedam., 1984.

addirittura l'esistenza di partiti monarchici, nonostante l'art. 139 della Costituzione italiana escluda che la forma repubblicana possa essere oggetto di revisione costituzionale ¹⁹.

Al Tribunale Costituzionale spagnolo residua, però, l'importante competenza in materia di *amparo*. Il Tribunale Costituzionale spagnolo può, cioè, essere adito e, quindi, può essere coinvolto nelle decisioni riguardanti le sospensioni e gli scioglimenti dei partiti politici, in quanto proprio contro le decisioni della Sezione Speciale del Tribunale Supremo può essere sollevato ricorso di *amparo*: contro tali decisioni può, cioè, essere sollevato un ricorso individuale diretto – il cosiddetto *recurso de amparo*, appunto - che consente al cittadino, qualora ricorrano particolari circostanze ed a tutela di specifici diritti costituzionali, di adire direttamente il Giudice costituzionale. Attraverso il giudizio di *amparo*, il Tribunale Costituzionale spagnolo può incidere in maniera notevole sulla materia del controllo sui partiti politici, e, quindi in materia di garanzia dei diritti politici: questo, anche se l'intervento avviene pur sempre in modo indiretto, attraverso il controllo sul corretto esercizio della funzione giurisdizionale.

§ 4. L'attribuzione, operata dalla *Ley Orgánica de Partidos Políticos* del 2002, alla Sezione Speciale del Tribunale Supremo della giurisdizione in materia di controllo sui partiti politici e sulle formazioni della partecipazione elettorale (i gruppi di elettori cui si riferisce la LOPP) ha

¹⁹ E' questo un punto di particolare interesse: l'assenza di limitazioni ideologiche in capo ai partiti politici spagnoli viene, infatti, dalla dottrina spagnola spesso collegata e ricondotta all'assenza di limiti oggettivi alla revisione costituzionale. In tal senso si veda, per tutti, J. JIMÉNEZ CAMPO, *Los partidos políticos, El sector no lucrativo en España*, Madrid, Escuela libre Editorial, 1993, 205.

Sulla scelta operata in materia dal costituente italiano si vedano, almeno, P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1948; A. PREDIERI, *I partiti politici*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, Barbera 1950, I, 1981; C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in ID, *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova, Cedam, 1954; E. CHELI, *intorno alla regolazione dei partiti politici*, Studi Senesi, 1958, 242; AA.VV. *Dibattito sulla disciplina legislativa del partito politico*, Rassegna parlamentare, 1962; V. CRISAFULLI, *La Costituzione della Repubblica italiana e il controllo democratico dei partiti*, Studi politici 1967; ID, *I partiti nella Costituzione*, Studi XX anniversario dell'Assemblea Costituente, Firenze, 1969, II, 133; C. ROSSANO, *Considerazioni sulla democrazia e sullo stato dei partiti*, Scritti degli allievi offerti a A. Tesauro, Milano, Giuffrè, 1968; T. MARTINES, *partiti, sistema dei partiti e pluralismo*, Studi parlamentari e di politica costituzionale, 1979, 5 ss.; S. GALEOTTI, *I partiti politici*, GRUPPO DI MILANO, *Verso una nuova Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1983; C. E. TRAVERSO, *Partito*; D. DELLA PORTA, *I partiti politici*, Bologna, Il Mulino, 2001 *politico e ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1983; P. RIDOLA, voce *Partiti politici*, in Enc. del Diritto, XXXIII, Giuffrè 1982, 66/127; ID, *La rappresentanza parlamentare fra unità politica e pluralismo*, Diritto e Società, 4, 1994; C. PINELLI, *Discipline e controlli sulla democrazia interna dei partiti*, Padova, CEDAM, 1984; G. PASQUINO, *Articolo 49*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1992; G. GEMMA, *Costituzioni ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, Giuffrè, 1993; D. DELLA PORTA, *I partiti politici*, Bologna, Il Mulino, 2001; C. CHIMENTI, *i partiti politici*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di Diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 1994; P. RIDOLA, voce *Partiti politici*, in Enc. Diritto, XXXIII, Giuffrè 1982, 66/127; S. CECCANTI, *L'Italia non è una "democrazia protetta"*, ma la Turchia e la Corte di Strasburgo non lo sanno, Giur. Cost., 2001, 2113-2118; ID., voce *Partiti Politici*, in C. GHISALBERTI, G. BIANCO, E. CAPUZZO, Torino, Giapichelli, 2005; G. RIZZONI, *Commento all'art. 49 della Costituzione*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla costituzione*, UTET, Torino, 2006.

determinato lo sviluppo di un'abbondante giurisprudenza che ha avuto per oggetto soprattutto i tentativi di accesso alle istituzioni della rappresentanza - tramite la partecipazione a processi elettorali o la costituzione di nuovi partiti politici – da parte di soggetti politici espressione del cosiddetto *entramado Batasuna*. A tali pronunce della magistratura ordinaria sono spesso seguite a ruota pronunce del Tribunale Costituzionale adito con ricorso di *amparo* da parte di soggetti che ritenevano in vario modo leso il loro diritto alla partecipazione politica dalle sentenze della Sezione Speciale del Tribunale Supremo.

La sentenza che qui si commenta costituisce, dunque, l'ultima di una lunga serie di pronunce con le quali sia il Tribunale Supremo che il Giudice costituzionale (quest'ultimo in sede di giudizio di *amparo*) hanno avuto modo di intervenire sulla spinosa questione della ricostituzione e ricomposizione operativa - sotto altro nome ed attraverso l'impiego di formazioni politiche formalmente nuove – del sodalizio ETA/Herri Batasuna-Euskal Herritarok-Batasuna, sodalizio le cui componenti erano state a suo tempo sciolte e messe fuori legge.

Il Tribunale Supremo, prima ancora di pronunciarsi sul cosiddetto caso BILDU all'unanimità aveva ritenuto dimostrato il tentativo di ricostituzione fraudolenta dei disciolti partiti politici in numerose occasioni ²⁰.

Dal canto suo il Tribunale Costituzionale è intervenuto in materia con la sentenza n. 85 dell'8 maggio 2003 (pronunciata sulla c.d. "plataforma AuB"), con la 176 del 2003, con la sentenza n. 68 del 31 marzo 2005, con le sentenze nn. 110 e 112 del 2007, con le sentenze nn. 43 e 44 del 12 febbraio 2009 ²¹.

²⁰ In particolare: 1) con le sentenze nn. 1 e 2 del 3 maggio 2003 la Sezione Speciale del Tribunale Supremo aveva annullato gli "*acuerdos de proclamación de las candidaturas*" alle elezioni per le "*Juntas Forales y Autonómicas de Navarra*" presentati dalla *Plataforma Navarroako Autodeterminazioako Bilgunea* (nota al grande pubblico degli elettori con la sigla *Plataforma AuB*); 2) con le sentenze nn. 1 e 2 del 21 maggio 2004 il Tribunale Supremo aveva annullato la lista elettorale presentata in occasione delle elezioni al Parlamento Europeo dal gruppo elettorale Herriarren Zerrenda (noto con la sigla HZ); 3) con le sentenze nn. 7 ed 8 del 26 marzo 2005 era stata nuovamente annullata – in occasione delle elezioni per il Parlamento Basco - la "*proclamación de candidaturas*" presentate dai raggruppamenti elettorali riuniti sotto la sigla "Aukera Autziak"; 4) con le sentenze nn. 1 e 2 del 5 maggio 2007, e con gli *Autos* nn. 3 e 4 della stessa data, erano state annullate le candidature elettorali presentate congiuntamente da un gruppo elettorale (Abertzale Sozialistak) e da un partito politico (l' ANV o *Acción Nacionalista Vasca*); 5) con le sentenze nn. 1, 2, 3 e 4 dell'8 febbraio 2008 erano state annullate le candidature presentate dal partito politico Askatasuna e dai gruppi elettorali Arabako Demokrazia 3.000.000 (D3M) e Demokrazia Hiru Milioi; 6) con l' *Auto* del 30 marzo 2011 il Tribunale Supremo aveva riconosciuto nel costituendo partito politico SORTU l'ennesimo tentativo di successione o prosecuzione fraudolenta dell'attività del disciolto Batasuna.

²¹ La giurisprudenza, sia comune che costituzionale, appena citata è stata oggetto di specifica analisi ed attenzione. Al riguardo certamente interessanti paiono: M. ESPARZA OROZ, *Las agrupaciones de electores como forma eventual de sucesión en la actividad de un partido político disuelto*, repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 13/2003; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Algunas reflexiones ... cit.*; T. GONZÁLES CUETO, *Comentario breve de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Partidos Políticos* (STC

Le divergenze fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione costituzionale si sono manifestate non tanto a livello di definizione dell'oggetto della prova, quanto in ordine alla ragionevolezza della valutazione degli elementi probatori di volta in volta in gioco.

In particolare, entrambe le giurisdizioni hanno sempre concordato: 1) sul fatto che la LOPP non intende colpire il momento ideologico – cosa di per sé incompatibile con l'attuale quadro costituzionale spagnolo e con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo²² - quanto quello *operativo*²³; 2) sul fatto che la sanzione della sospensione o dello scioglimento di un partito politico non determini l'ineleggibilità parziale dei membri dello stesso; 3) sul fatto che l'art. 44 LOREG limiti non tanto il diritto di elettorato passivo, quanto – piuttosto - l'esercizio collettivo del medesimo, qualora quest'ultimo sia finalizzato all'elusione fraudolenta delle conseguenze giuridiche derivanti dalla dissoluzione di un partito politico²⁴; 4) sul fatto che oggetto della prova debba, dunque, essere proprio il concorso di volontà in tale elusione.

Le principali divergenze fra Tribunale Supremo e Tribunale Costituzionale hanno riguardato, come si è detto, il profilo della giusta e ragionevole ponderazione del complesso degli elementi probatori, elementi che – si badi bene – fin dall'inizio²⁵ il Tribunale Supremo ha ritenuto dovessero essere assunti - quanto a termini e procedura - in conformità alla Legge n. 1 del 7 gennaio 2007, (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), vale a dire in conformità ad una legge reputata dal Tribunale Supremo applicabile in via suppletiva e residuale, in assenza, di

48/2003, de 12 de marzo), Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 9, 2003; J. A. MONTILLA MARTOS, Algunos cambios en la concepción de los partidos. Comentario a la STC 48/2003 sobre la LO 6/2002, Teoría y realidad constitucional, 12-13, 2003-2004; M. PÉREZ-MONEO AGAPITO, Aukera Guztiaik y la sucesión de Batasuna: un nuevo episodio de ilegalización de partidos. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2005 y la STC 68/2005, Revista Española de Derecho Constitucional, 74, 2005; ID., Parámetros para enjuiciar la continuidad entre partidos ilegalizados y agrupaciones de electores, Revista Española de Derecho Constitucional, 70, 2004; M. A. PRESNO LINERA, El Tribunal Constitucional como segunda instancia electoral en los amparos interpuestos por las agrupaciones de electores a las que se refiere el artículo 44.4 de la LOREG: la STC 85/2003, de 8 de mayo, Teoría y realidad constitucional, 12-13, 2003-2004; E. VÍRGALA FORURIA, La STS de 27 de marzo de 2003 de ilegalización de Batasuna: el Estado de Derecho penetra en Euskadi, Teoría y realidad constitucional, 12-13, 2003-2004; M.I. SERRANO MAÍLLO, Agrupaciones de electores y la posible continuidad de partidos políticos ilegalizados por parte de éstas, Teoría y realidad constitucional, 16, 2005, 437.

²² Particolarmente attenta alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo è stata, spec., la Trib. Supr., S. VI, 27 marzo 2003, la quale dedica ampia parte del *Fund. Jur.* 1, all'illustrazione della medesima.

²³ Per quanto riguarda il Tribunale Supremo si veda, per tutte, la Sentenza del 27 marzo 2003, nota come la sentenza che ha decretato lo scioglimento del partito Herri Batasuna. Per la giurisprudenza costituzionale, molto esplicite al riguardo sono specialmente Trib. Cost., 2003, n. 85 e Trib. Cost., ...2005, n. 68

²⁴ Al riguardo si vedano, oltre alle pronunce indicate alla nota precedente, le seguenti: Trib. Cost., 10 ottobre 2003, 176 (con la quale il Tribunale Costituzionale accolse il ricorso di *amparo* sollevato dal gruppo elettorale Herri Taldea); Trib. Cost., 27 maggio 2004, n. 99; Trib. Cost., ...2007, nn. 110 e 112; Trib. Cost., ...2009, n. 43 e 44.

²⁵ Il riferimento al carattere suppletivo della disciplina e della procedura stabilita dalla *Ley de Enjuiciamiento Civil* è stato operato sin dalla sentenza con la quale il Tribunale Supremo ha decretato lo scioglimento dei partiti politici facenti parte del cosiddetto *entramado Batasuna*.

esprese norme dettate al riguardo dalla LOPP. Il controllo sul corretto esercizio della funzione giurisdizionale esercitato dal Giudice Costituzionale in sede di ricorso di *amparo* ha, pertanto, avuto sovente ad oggetto la ragionevolezza di una prova formata e valutata nel suo complesso non in conformità alle regole ed ai principi che reggono il sistema probatorio penale, ma in relazione al rispetto dei cosiddetti criteri – propri del giudizio civile - della “sana critica” (secondo l’espressione utilizzata dalla *Ley de Enjuiciamiento Civil* applicabile in tale tipo di giudizi): criteri sicuramente meno penetranti sul piano del livello del convincimento giudiziale di quelli propri del giudizio penale.

Sino alla sentenza che qui si commenta i motivi di distinzione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione costituzionale hanno, cioè, riguardato principalmente un criterio di valutazione della ragionevolezza della decisione del Tribunale Supremo tutto interno alle affermazioni – spesso ribadite dal Tribunale Costituzionale e, in linea di principio, sempre condivise dallo stesso Tribunale Supremo – concernenti l’oggetto della prova e le conseguenze giuridiche della sospensione, dello scioglimento o dell’annullamento delle candidature elettorali. Detto altrimenti: sino alla sentenza BILDU del 2011 la giurisprudenza costituzionale adita in via di *amparo* ha valutato la ragionevolezza del complesso probatorio portato a fondamento delle decisioni del Tribunale Supremo secondo un criterio riconducibile proprio agli assunti fondamentali - concordemente affermati da entrambe le giurisdizioni in linea di principio – secondo cui come si è visto: 1) la *Ley Orgánica de Partidos Políticos* avrebbe inteso colpire non la successione ideologica fra partiti o gruppi politici, ma soltanto quella funzionale ed operativa; 2) lo scioglimento di un partito politico non incide sull’elettorato passivo dei suoi membri.

La valutazione da parte del Tribunale Costituzionale della ragionevolezza della prova complessivamente valutata dal Tribunale Supremo a sostegno della decisione di annullamento delle liste elettorali è stata, dunque, condotta sviluppando e svolgendo quello stesso argomento che, a suo tempo, era stato posto sia dalla *Exposición de Motivos* della LOPP, sia dallo stesso Tribunale Supremo a fondamento del radicamento in capo al Tribunale Supremo della giurisdizione in materia di scioglimento di partiti politici o di ricorsi contro gli annullamenti di candidature elettorali: la Costituzione spagnola non pone limiti di carattere ideologico ai partiti politici; è possibile colpire soltanto la successione nell’attività e non nell’ideologia di un partito politico in precedenza sciolto per l’appoggio dallo stesso prestato al terrorismo ²⁶. Il Tribunale costituzionale, dunque, decidendo i ricorsi di *amparo* in materia

²⁶ Al riguardo basti ricordare, a titolo d’esempio, che il Tribunale Costituzionale ha fatto discendere l’affermazione secondo cui non è sufficiente – ai fini dell’annullamento delle candidature elettorali - la prova

elettorale, si è posto come garante del corretto esercizio della funzione giurisdizionale ed ha svolto tale ruolo imponendo al giudice ordinario criteri di ragionevolezza di valutazione della prova direttamente riconducibili alle affermazioni di principio concernenti il carattere operativo, e non ideologico, della successione o continuazione vietata e circa la mancata limitazione dell'elettorato passivo in capo ai membri del partito politico messi fuori legge ai sensi della LOPP come conseguenza accessoria dello scioglimento.

§ 5. Anche la sentenza BILDU accoglie il ricorso di *amparo* utilizzando, come le numerose sentenze del Tribunale costituzionale che l'hanno preceduta, criteri di ragionevolezza della valutazione della prova direttamente riferibili ai principi secondo cui: 1) è vietata la sola successione o prosecuzione di tipo operativo, e non meramente ideologico, fra i partiti politici messi fuori legge e nuove formazioni politiche; 2) gli aderenti (e, a maggior ragione, i simpatizzanti) del partito politico messo fuori legge non subiscono la sanzione accessoria della perdita o della limitazione dell'elettorato passivo.

La sentenza BILDU, dunque, ritiene fondato il ricorso di *amparo* sollevato nei confronti di una decisione del Tribunale Supremo, proprio riferendosi agli stessi principi normalmente invocati a sostegno della scelta, operata dal legislatore organico del 2002, di radicare la competenza in materia di controllo sulla ricostituzione di partiti politici messi fuori legge in capo al Tribunale Supremo medesimo.

In particolare, il richiamo ai principi in parola serve al Tribunale costituzionale ad ampliare lo spettro dei profili di realtà di necessario accertamento ai fini della definizione della validità e della consistenza di un dato elemento indiziario assunto dal giudice comune come decisivo e determinante per la valutazione della ricostituzione del disciolto *Batasuna*. Attraverso l'individuazione di nuovi punti di decisione – e, dunque, di motivazione – il Tribunale costituzionale nella sentenza BILDU impone la propria linea interpretativa, condensata nei principi sopra indicati, individuando in questi ultimi il vero dato preliminare – non

dell'avvenuto inserimento nelle liste elettorali di candidati in qualche modo legati ai partiti "fuori legge", ma occorre verificare sia la natura e la rilevanza del vincolo, sia il ruolo ed il "peso politico" concretamente attribuito a tali candidature all'interno della lista ²⁶, proprio dalla precisazione secondo cui è necessario provare il concorso di volontà teso all'elusione delle conseguenze giuridiche della sospensione o dello scioglimento. Del pari, secondo il Tribunale Costituzionale non basta appurare che determinate candidature hanno ottenuto l'avallo da parte di persone legate ai partiti sciolti o sospesi, riuscendo la prova di tale avallo a dimostrare al più che tali persone ripongono la loro fiducia nel nuovo soggetto politico, mentre nulla dicono – di per sé – intorno all'obiettivo e cosciente destinazione di tali candidature alla continuazione o prosecuzione nell'attività di supporto politico del terrorismo che a suo tempo aveva giustificato la messa fuori legge del soggetto di cui si pretende dimostrare la fraudolenta successione. In questo senso si vedano, in particolare, Trib. Cost., 31 marzo 2005, n.68; Trib. Cost., 27 maggio 2004, n. 99; Trib. Cost., n.112 del 2007 (?)

trascurabile dal giudice di merito - rispetto al giudizio sulla rilevanza giuridica di taluni fatti indiziari. Detto in altri termini: il Tribunale costituzionale con la sentenza BILDU accoglie il ricorso di *amparo* sottoponendo il fatto accertato dal Tribunale supremo ad una serie di scomposizioni imposte dai principi sopra ricordati; proprio in forza di tali principi il giudice costituzionale giunge ad individuare alcune caratteristiche della concreta vicenda non considerate dal giudice comune e dallo stesso Giudice costituzionale ritenute, invece, di rilievo giuridico.

Punto di partenza argomentativo della sentenza BILDU è l'affermazione secondo cui è compito del Tribunale costituzionale verificare se il convincimento raggiunto dal Tribunale Supremo abbia leso o meno il diritto alla partecipazione politica della coalizione elettorale ricorrente. Spetta, in particolare, al Tribunale Costituzionale verificare se a fondamento della decisione del Tribunale Supremo stia una pluralità di elementi probatori da cui sia possibile indurre, *in modo ragionevole e non arbitrario* ²⁷, che i candidati esclusi dal procedimento elettorale hanno di fatto operato come continuatori dell'attività dei partiti messi fuori legge. Tale verifica deve essere condotta dal Tribunale costituzionale nella consapevolezza che non può essere riconosciuto valore probatorio ad indizi che non possano ritenersi indizi validi; lo stesso giudizio sul valore e sulla validità indiziaria di un dato elemento deve, inoltre, rispettare i diritti fondamentali, con la conseguenza che non può essere ritenuto indizio di un'operazione fraudolenta il semplice esercizio di un diritto fondamentale; del pari, l'attribuzione di valore indiziario ad un dato elemento non si può basare su di una inferenza valutativa eccessivamente aperta; nel caso della prova indiziaria il ragionamento si deve basare su indizi di cui non sia possibile mettere in discussione la validità, la qualità e la solidità ²⁸.

²⁷ Per l'affermazione di principio secondo cui il Tribunale costituzionale ben può garantire il diritto alla tutela giudiziaria effettiva contro l'arbitrarietà e l'irragionevolezza degli atti e delle decisioni dei pubblici poteri, a titolo d'esempio, si vedano: Trib. Cost., 16/09/2002, n. 158; Trib. Cost., 20/06/2011, n. 107.

²⁸ Nel *fundamento jurídico* n. 5 il Tribunale Costituzionale, svolgendo considerazioni in un certo senso estranee alla logica argomentativa fin lì seguita, si preoccupa di precisare che, alla luce delle recenti novità normative introdotte con la Legge Organica del 28 gennaio 2011, n.3, è possibile valutare se determinate candidature rispondano o meno all'intento elusivo delle conseguenze giuridiche dello scioglimento di partiti politici non soltanto – come accadeva prima delle citate riforme – nel momento della presentazione delle candidature, ma anche durante la campagna elettorale (art. 49, c.5, l.c LOREG), dal giorno delle votazioni sino alla proclamazione degli eletti (art. 104, c. 4 bis, LOREG), così come durante lo svolgimento del mandato elettorale (art. 6, c. 4 LOREG). Secondo il Tribunale Costituzionale, proprio la pluralità di occasioni di controllo non soltanto *ex ante* – come accadeva prima della riforma, ma anche *a posteriori*, impone “maggior rigore” nella valutazione degli elementi di prova.

Dopo tali premesse, il Tribunale costituzionale rimanda in più occasioni proprio ai principi sopra indicati per negare consistenza e validità probatoria ad alcuni indizi posti dal Tribunale Supremo a fondamento della propria decisione.

In primo luogo, il Tribunale costituzionale richiama la propria costante giurisprudenza che esclude limitazioni costituzionali di natura ideologica in capo ai partiti politici per affermare che non può essere riconosciuta valenza *di per sé* indiziaria al rifiuto di condannare la violenza terrorista dell' ETA da parte dei responsabili dei partiti e delle formazioni politiche che aspirano a partecipare alla competizione elettorale ²⁹. Il Tribunale Supremo con la sentenza impugnata in *amparo* aveva ritenuto provata - oltre al concorso di volontà finalizzate all'elusione delle conseguenze giuridiche dello scioglimento dei partiti del cosiddetto *entramado Batasuna*, e la materializzazione di questo nelle candidature presentate nei vari processi elettorali - la scarsa credibilità delle manifestazioni di ripudio della violenza terrorista da parte dei rappresentanti politici di BILDU: a tale prova aveva attribuito rilevanza decisiva ai fini della pronuncia sulla ricostituzione del collegamento ETA/*Batasuna* a mezzo della coalizione elettorale BILDU. Il Tribunale costituzionale censura in modo deciso le argomentazioni del giudice ordinario, ritenendo, invece, costituzionalmente scorretta l'attribuzione del carattere di indizio della ricostituzione del disciolto *Batasuna* al diniego di condanna della violenza terrorista dell' ETA da parte dei *leaders* e dei responsabili di una data formazione politica: l'ampio ombrello della libertà ideologica dei partiti politici tutela anche il diniego in parola, il quale - proprio perché costituisce semplice manifestazione di libertà ideologica costituzionalmente tutelata - deve essere tenuto distinto dal comportamento - questo sì vietato - di chi si rende, invece, concretamente disponibile ad appoggiare la violenza terrorista, succedendo non tanto ideologicamente, quanto operativamente ai partiti politici a suo tempo messi fuori legge ³⁰. L'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato - tale è

²⁹ Già in precedenti pronunce il Tribunale costituzionale aveva chiaramente affermato che tale rifiuto non rappresenta un elemento di per sé sufficiente a dimostrare la volontà di ricostituzione del binomio ETA/*Batasuna* (Trib. Cost., 21 maggio 2009, n.126) mentre la condanna inequivoca costituisce indizio che vale in senso contrario, e che è capace di escludere la frode, pur in presenza di altri indizi che sarebbero sufficienti a provarla (Trib. Cost., 31 marzo 2005, n.68).

³⁰ Il Tribunale Costituzionale - richiamando la propria precedente sentenza n. 85 del 2003 - ribadisce con la sentenza BILDU che si può procedere all'annullamento delle candidature elettorali soltanto se è ragionevolmente provata: 1) la somiglianza sostanziale delle strutture, dell'organizzazione e del funzionamento; 2) la somiglianza sostanziale dei componenti, dei dirigenti, dei rappresentanti e di coloro che amministrano le candidature; 3) la somiglianza della provenienza dei mezzi di finanziamento o materiali; 4) la considerazione di qualsiasi altra circostanza rilevante - quale la disponibilità ad appoggiare il terrorismo o la violenza - ai fini della prova della continuità o della successione: lo stesso Tribunale, però, esclude, proprio in omaggio al principio costituzionale della libertà ideologica dei partiti politici, che il rifiuto della condanna della violenza terrorista possa essere assurgere a valido indizio della ricostituzione di un partito messo fuori legge: la prova della contiguità con il

considerato dal Tribunale costituzionale il rifiuto di condanna della violenza terrorista - non può valere come indizio valido ai fini della prova della ricostituzione del sodalizio ETA/Batasuna.

In secondo luogo, il riferimento operato dal Tribunale costituzionale ai principi suddetti vale ad evidenziare l'esistenza nella sentenza impugnata in *amparo* di una discrasia tra gli elementi di prova individuati dalla sentenza del giudice ordinario ed alcuni dati rimasti occulti e nascosti negli atti del processo, in quanto non considerati dal giudice medesimo: il richiamo a tali principi vale, cioè, ad individuare un punto di necessaria, specifica decisione e motivazione ed a far emergere l'esistenza di una contraddizione fra quanto risultante dagli atti del processo e quanto dichiarato dal giudice relativamente ad un elemento di prova ritenuto da questi decisivo e determinante. Il richiamo a tali principi serve, dunque, al Tribunale costituzionale a far risultare l'ammissione, nella motivazione della sentenza impugnata, di un fatto contraddetto ed escluso in atti, ponendo in risalto che un determinato documento – considerato dal Tribunale supremo elemento indiziario essenziale e determinante ai fini della decisione – proviene, in realtà, da un soggetto diverso rispetto a quello dichiarato in motivazione dallo stesso Tribunale supremo: l'evidenza di tale diversità emerge proprio – ed è questo un dato di rilievo - come conseguenza delle specificazioni di principio sopra indicate. Il Tribunale costituzionale fa, così, emergere l'esistenza di una contraddizione non risultante in modo evidente dallo stesso testo della motivazione, ma direttamente dagli atti del processo. La norma costituzionale in materia di libertà ideologica dei partiti politici viene dal Tribunale costituzionale, pertanto, direttamente impiegata per l'individuazione di taluni profili di realtà ritenuti dal Tribunale costituzionale giuridicamente rilevanti ai fini della corretta ponderazione degli elementi probatori in gioco. Tali profili di realtà sono stati, ad avviso del Giudice costituzionale, trascurati dal giudice comune il quale non ha motivato a sufficienza intorno allo *standard* probatorio imposto dal dettato costituzionale: la loro esistenza è, però, documentata negli atti del processo, con la conseguenza che il Tribunale costituzionale procede direttamente all'identificazione dell'atto processuale che esprime il dato cognitivo il cui significato ritiene essere stato travisato dal giudice comune. Nella specie, dagli atti del processo risulterebbe che la paternità di un dato documento – reputato dal giudice ordinario indizio determinante e decisivo della ricostituzione di *Batasuna* – sarebbe attribuibile alla cosiddetta *Izquierda Arbetzale* – e non, come si afferma immotivatamente nella sentenza impugnata, al disciolto *Batasuna*. La Costituzione spagnola non pone vincoli di carattere

terrorismo deve fondarsi su indizi che non consistano soltanto in comportamenti costituenti esercizio di una libertà e di un diritto costituzionalmente tutelato.

ideologico alla partecipazione politica: soltanto *Batasuna* è stato posto fuori legge e prescritto, mentre i suoi simpatizzanti appartenenti alla cosiddetta *Izquierda Arbetzale* - così come i suoi aderenti di un tempo - non possono essere per questo solo fatto sottoposti a restrizioni o limitazioni nell'esercizio della loro libertà di partecipazione politica: esistono ragioni di distinzione fra *Batasuna* e *Izquierda Arbetzale* che impongono di evitare confusioni nel momento del riconoscimento della provenienza dall'una o dall'altra di una data prova indiziaria.

Il riferimento ai principi sopra richiamati viene dal Tribunale costituzionale utilizzato per individuare l'esistenza di un passaggio argomentativo nella ricostruzione dei fatti di causa di *costituzionalmente necessaria* considerazione da parte del Tribunale supremo ed, invece, da quest'ultimo nemmeno preso in considerazione³¹: tale riferimento serve, cioè, al Tribunale costituzionale a mettere in evidenza l'esistenza di un dato epistemologico trascurato dal giudice comune nel momento della fissazione delle caratteristiche della concreta vicenda che assumono rilevanza per il diritto³².

³¹ Il Tribunale Supremo aveva – per sua stessa ammissione – fondato la propria decisione sostanzialmente su indizi di carattere oggettivo. Quanto agli elementi di connessione soggettiva, infatti, il Tribunale Supremo, pur osservando che lo sforzo dei dirigenti di BILDU di inserire nelle liste candidati non “contaminati” da precedenti rapporti ed affiliazioni con i partiti politici “fuori legge” avrebbe potuto indurre sospetti circa la sussistenza di una manovra fraudolenta volta a mascherare la continuità di fatto fra la nuova formazione politico-elettorale ed i partiti politici della rete *Batasuna*, aveva comunque ammesso che tali elementi soggettivi “... difettano, anche considerati nel loro complesso, di rilevanza sufficiente perché su di essi si possa ritenere fondato il presente ricorso”. La motivazione del giudice ordinario aveva, invece, attribuito rilievo ad elementi indiziari di carattere oggettivo, quali articoli di giornale riportanti dichiarazioni pubbliche, rapporti dei Corpi e delle Forze di Sicurezza dello Stato e documenti a tali rapporti allegati, consistenti principalmente in scritti rinvenuti in operazioni di polizia e trascrizioni di conversazioni telefoniche acquisite in conformità alla legge. Il Tribunale Costituzionale si discosta, dunque, decisamente da alcune considerazioni svolte dalla sentenza del Tribunale Supremo, tendenti ad attribuire un certo rilievo all'assenza, nelle liste elettorali interessate dall'annullamento, di candidati provenienti dai disciolti partiti politici, laddove tale assenza sarebbe sintomatica di un intento fraudolento perseguito da chi fin dalla data del proprio scioglimento, avrebbe reiteratamente tentato – secondo quanto documentato dalla stessa sequenza di precedenti pronunce che il Tribunale Supremo ha cura di richiamare puntualmente - di reinserirsi nel circuito delle istituzioni della rappresentanza politica. Ad avviso del Tribunale Costituzionale non è corretto trasformare la mancanza o la debolezza degli indizi di carattere soggettivo – non risulta, infatti, provata l'esistenza di legami di tipo soggettivo fra il gruppo ETA/*Batasuna* e le nuove formazioni politiche - in illazioni sulla sussistenza di indizi di carattere oggettivo. Quanto, più specificatamente, agli indizi di carattere oggettivo, il Tribunale Costituzionale ritiene non adeguatamente argomentata la sussistenza e l'attendibilità di questi ultimi, vale a dire la loro idoneità a fondare il ragionamento induttivo.

³² Nello specifico, il Tribunale Supremo aveva attribuito valenza probatoria ad una pluralità di documenti, e precisamente, a quelli denominati: 1) “*Proceso Democrático. Reflexión sobre la alternativa para la solución democrática del conflicto y para el reconocimiento de Euskal Herria*”; 2) “*Earen Proposamenaz II. RTF*”; 3) “*Herri Antoluaeren Estrategia Independentista Baterantz*”; 4) “*Akordio Elektolarelako Oinarriak*”; 5) “*Euskal Herria Ezterretik/Euskal Herria desde la Izquierda*” (recante il sottotitolo *Acuerdo por el cambio político y social entre independentistas y soberanistas de izquierda*); 6) “*Acuerdo electoral: Herri Akordia. Metodología básica*”. Mentre con i primi quattro documenti appena indicati il giudice ordinario aveva ritenuto provata la volontà del complesso ETA/ *Batasuna* di utilizzare i partiti politici poi confluiti nella coalizione elettorale BILDU per proseguire attraverso quest'ultima la propria attività, gli ultimi due documenti erano stati considerati

Il ragionamento del Tribunale Costituzionale si svolge su un piano diverso da quello su cui si era sviluppata la motivazione del giudice ordinario. Quest'ultimo aveva, infatti, centrato la propria motivazione intorno all'attribuibilità ai due partiti facenti parte della coalizione elettorale BILDU (vale a dire *Alternatiba ed Eusko Alkartasuna*) di due importanti documenti - l'*Herri Akordioa* e l' *Euskal Herria Hezterretik* - dallo stesso giudice ordinario ritenuti prova dell'effettiva destinazione di BILDU alla ricostituzione del disciolto *Batasuna*³³. Al centro delle attenzioni del giudice dell' *amparo* costituzionale è, piuttosto, la mancata argomentazione del Tribunale Supremo sulla riconducibilità di tali accordi a *Batasuna*. La parte della motivazione del Tribunale Supremo concernente la riconducibilità ad *Alternatiba* e ad *Eusko Alkartasuna* dei due documenti assume – all'intero dell'argomentazione del Giudice costituzionale – un ruolo secondario: soltanto la prova del coinvolgimento di *Batasuna* rende rilevante e significativa, sembra ritenere il Tribunale Costituzionale, anche la prova dell'identico coinvolgimento di *Alternatiba* e di *Eusko Alkartasuna*, costituendo la prima snodo argomentativo essenziale e “presupposto” della rilevanza processual-probatoria della seconda. Detto altrimenti: nel ragionamento del Giudice costituzionale la prova della riconducibilità dei documenti in parola ai partiti *Alternatiba* e *Eusko Alkartasuna* in tanto può

dal Tribunale Supremo quali centrale e decisiva prova delle effettiva materializzazione di tale volontà attraverso la costituzione e la presentazione alla competizione elettorale di tale coalizione: i due ultimi documenti erano, cioè, stati reputati dal giudice ordinario prova della concreta destinazione di BILDU a tale scopo.

³³ In particolare, il Tribunale Supremo aveva ritenuto che attraverso il documento denominato *Euskal Herria Ezterretik/Euskal Herria desde la Izquierda* fosse risultata provata l'avvenuta conclusione, in data 16 gennaio 2011, di accordi elettorali – che il giudice ordinario affermava stipulati da *Batasuna*, *Alternatiba* e *Eusko Alkartasuna* – aventi la finalità di favorire, attraverso la creazione di una coalizione elettorale, la partecipazione di *Batasuna* alle elezioni; lo stesso Tribunale Supremo, inoltre, aveva sostenuto che la produzione del documento *Herri Akordioa* avesse dimostrato che quelle stesse formazioni politiche avevano raggiunto un accordo circa la composizione delle candidature in ogni località, accordo organizzato sulla base della presenza e dei risultati elettorali ottenuti ed attesi da ciascuna di esse: i candidati di *Batasuna* sarebbero confluiti nel gruppo dei cosiddetti “indipendenti”, gruppo ai cui membri era, comunque, assicurata – notava il Tribunale Supremo – la preponderanza numerica e la migliore collocazione all'interno delle liste. Sia innanzi al giudice ordinario, sia, in un secondo momento, innanzi al giudice dell'*amparo* costituzionale, si era eccepito – oltre alla mancanza di data certa del documento *Herri Akordioa* - che né *Alternatiba* né *Eusko Alkartasuna* avevano mai riconosciuto, ma che, anzi, avevano espressamente negato la paternità di tali documenti, evidenziando, in particolare, la mancanza di sottoscrizione dei medesimi. Al riguardo, però, il Tribunale Supremo, per quanto concerne il primo dei due documenti (e, cioè, l' *Euskal Herria Ezterretik*), si era limitato ad affermare – nonostante i partiti della coalizione BILDU lo avessero disconosciuto - che esso era stato sottoscritto da *Batasuna*, *Eusko Alkartasuna* e *Alternatiba*, senz'altro aggiungere in merito ai rilievi mossi dalla coalizione BILDU intorno alla loro provenienza. Più articolata era stata, invece, la motivazione del giudice ordinario in ordine alla provenienza del documento noto come *Herri Akordioa*, motivazione che si era principalmente sviluppata intorno a tre argomenti così sintetizzabili: 1) accordi tesi all'elusione fraudolenta della normativa in materia di partiti politici difficilmente vengono redatti in forma pubblica o con segni identificativi esteriori; 2) il contenuto dell' *Herri Akordioa* era stato – già prima del suo ritrovamento da parte delle Forze di Sicurezza - pubblicato in due diversi giornali in termini coincidenti con quelli risultanti dal testo dell' accordo medesimo; 3) la “realtà delle cose” dimostra che le candidature presentate hanno seguito fedelmente tale piano, dato che tali candidature rispondono, per composizione ed ordine di presentazione dei candidati, alle consegne che si davano in tale accordo.

essere significativa ai fini della valutazione della ricostituzione di *Batasuna* tramite la coalizione elettorale BILDU, in quanto venga correttamente accertata e motivata la partecipazione della medesima *Batasuna* alla stipulazione degli stessi.

Secondo il Tribunale Costituzionale sia il documento *Euskal Herria Ezterretik* sia il documento *Herro Akordioa* non possono essere ritenuti indizi validi, soprattutto in quanto non sarebbe provata ed argomentata la provenienza degli stessi dai soggetti cui la pronuncia del Tribunale Supremo aveva attribuito con sicurezza la paternità. Il Tribunale Costituzionale sembra, infatti, rimproverare al Tribunale Supremo soprattutto l'evidente e manifesto travisamento della prova, la contraddizione, cioè, fra quanto affermato in motivazione e le risultanze processuali.

In particolare, per quanto riguarda il primo dei due documenti citati (vale a dire l' *Euskal Herria Hezkerretik/ Euskal Herria desde la Izquierda*) il Giudice Costituzionale afferma con decisione che dalla lettura di tale accordo si evince che esso è stato predisposto da soggetti diversi da quelli che sono, invece, indicati nella sentenza impugnata. Secondo il Tribunale Costituzionale, infatti, i partecipanti a tale accordo risultano essere la *Izquierda Arbetzale*, *Eusko Alkartasuna* e *Alternatiba* e non – secondo quanto appare ritenere il Tribunale Supremo che attribuisce rilevanza indiziaria a tale documento ai fini della prova della ricostituzione attraverso BILDU del disciolto *Batasuna* – questi due ultimi partiti e *Batasuna*: è scorretto confondere *Batasuna* e la *Izquierda Arbetzale*, essendo il primo (*Batasuna*) partito politico sciolto per la sua contiguità con il terrorismo basco, e costituendo la seconda (la cosiddetta *Izquierda Arbetzale*) sigla allusiva ad un ambiente politico che affonda le sue radici nello stesso sostrato ideologico-sociale da cui la stessa *Batasuna* proviene, ma che, proprio in quanto semplice espressione ideologico-politica, non solo non è vietata, ma è, anzi, tutelata dalla Costituzione.

Il ricorrente in *amparo* aveva, anche già innanzi al Tribunale supremo, con insistenza eccepito l'improprietà dell'equiparazione fra *Batasuna* e *Izquierda Arbetzale*: il Tribunale Costituzionale nella sentenza BILDU accoglie tale rilievo riferendolo nello specifico al documento sopra evidenziato, ed impiega la propria ormai consolidata giurisprudenza in materia di libertà ideologica e di ammissibilità di partiti anti-sistema per evidenziare come l'attribuzione - risultante dalla motivazione del Tribunale Supremo - a *Batasuna*, anziché alla *Izquierda Arbetzale*, della paternità di un documento ritenuto di alto valore indiziario infici la completezza e la coerenza della motivazione. L'errata equiparazione fra *Batasuna* e *Izquierda Arbetzale* determina, secondo il Giudice costituzionale, il carattere arbitrario delle premesse fattuali su cui si fonda la giustificazione della decisione del giudice ordinario.

Secondo il Giudice costituzionale il Tribunale Supremo avrebbe, dunque, evidentemente ammesso un fatto sicuramente contraddetto dagli atti processuali e incontrovertibilmente divergente dal risultato probatorio, non potendosi equiparare *Batasuna* alla *Izquierda Arbetzale*: saremmo, dunque, di fronte ad un travisamento della prova da parte del Tribunale Supremo, il quale avrebbe omesso di motivare – nonostante le eccezioni al riguardo sollevate dalla coalizione BILDU nel corso del giudizio innanzi al Tribunale Supremo medesimo – intorno alla ragioni per cui ha ritenuto di disattendere i rilievi mossi dal ricorrente intorno alla necessità di non confondere *Batasuna* da un lato, e *Izquierda Arbetzale* dall'altro lato.

Anche con riferimento al secondo accordo (e, cioè, *Herri Akordioa*, *Metodología Básica*) il Giudice Costituzionale sembra rimproverare al Tribunale Supremo il travisamento della prova, travisamento nuovamente affermato riprendendo la distinzione fra *Batasuna* ed *Izquierda Arbetzale* già utilizzata con riguardo al primo documento: il documento denominato *Herri Akordioa* – di cui i partiti politici facenti parte della coalizione ricorrente hanno sempre negato di essere stati a conoscenza - non fa espressa menzione né di *Batasuna*, né di *Alternatiba*, né di *Eusko Alkartasuna*, e nemmeno risulta dagli stessi sottoscritto; a ciò il giudice costituzionale aggiunge – *ad abundantiam* – che le informazioni giornalistiche relative al documento *Herri Akordioa* e richiamate dalla sentenza impugnata si riferiscono, a conferma della confusione del Tribunale Supremo sul punto, alla *Izquierda Arbetzale* e non a *Batasuna*.

In particolare, anche in questo caso quel che rileva secondo il giudice dell' *amparo* non è tanto il difetto di motivazione specifica in ordine all'attribuzione della paternità del documento ai partiti della coalizione elettorale BILDU, quanto la confusione e l'indistinzione fra la *Izquierda Arbetzale* e *Batasuna*: proprio il difetto di sottoscrizione da parte di *Batasuna* del documento in parola, così come la mancata menzione di *Batasuna* da parte dello stesso, sembra, secondo il Tribunale Costituzionale, rendere ancora più evidente il vizio del travisamento della prova da parte del Tribunale Supremo, vale a dire il vizio specifico di motivazione del provvedimento impugnato in *amparo*.

§ 6. Proprio le considerazioni e le argomentazioni del Tribunale Costituzionale in merito alla paternità dei documenti *Euskal Erria Ezterretik* ed *Herri Akordioa* - in particolare quelle concernenti la mancata sottoscrizione di tali documenti da parte sia di *Batasuna* che dei partiti della coalizione elettorale BILDU, così come quelle secondo cui tali accordi non

accennerebbero espressamente né a *Batasuna*, né ad *Alternatiba*, né ad *Eusko Alkartasuna* – sono state oggetto di decise critiche da parte di un settore della dottrina spagnola ³⁴.

Secondo tale dottrina il Tribunale Costituzionale avrebbe compiuto con la sentenza che qui si commenta un riesame nel merito dei singoli elementi di prova. Tale rivalutazione individualizzata dei singoli e specifici mezzi di prova avrebbe determinato un vero e proprio frazionamento del percorso motivazionale, incompatibile con la natura stessa della prova indiziaria, la quale richiede valutazioni complessive, di sintesi e capaci di ricondurre ad unità di senso la pluralità degli elementi indiziari raccolti.

Inoltre, sempre secondo la dottrina in esame, il Tribunale Costituzionale avrebbe invaso – accedendo agli atti processuali e traendo deduzioni alternative rispetto a quelle formulate dal Tribunale Supremo – la giurisdizione specificamente riservata al giudice comune : soltanto a quest’ultimo spetterebbero le concrete inferenze derivanti dal materiale probatorio validamente assunto nel corso del giudizio definito con la sentenza impugnata; il Tribunale Costituzionale si sarebbe, dunque, inserito nel piano della valutazione della prova, sostituendo indebitamente – attraverso l’analisi dei singoli indizi probatori ed una ricostruzione dei fatti distinta da quella operata dal Tribunale Supremo - la propria valutazione nel merito a quella del giudice ordinario.

Le posizioni critiche appena descritte si fondano su di una lettura particolarmente restrittiva dell’ art. 44, c.1, lett.b) della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, il quale stabilisce, quale requisito di ammissibilità del ricorso di *amparo* nei confronti dell’autorità giudiziaria, che “... la violazione del diritto o della libertà sia imputabile in modo diretto ed immediato ad un’azione od omissione dell’organo giudiziario indipendentemente dai fatti che diedero luogo

³⁴ In particolare, si vedano: R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE, El caso “BILDU”: dos grandes Tribunales enfrentados, *Diario La Ley*, n. 7653, 2011; J. M. CABALLERO SÁNCHEZ IZQUIERDO, Sentencia del Tribunal Constitucional sobre “Bildu”, o la consumada invasión del ámbito jurisdiccional reservado al Poder Judicial, *Diario La Ley*, n. 7650, 2011; M. IGLESIAS BÁREZ, “El caso BILDU”: continuidad y ruptura en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la ilegalización de formaciones políticas, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, 568 ess.

Critici nei confronti di tale impostazione sono M. RENDINE, Caso BILDU: la ricerca del bilanciamento tra esigenza di contrasto al terrorismo e tutela della democrazia rappresentativa, *Democrazia e Sicurezza*, 2, 2012; T. S. VIVES ANTÓN, en defensa de la jurisdicción constitucional: análisis del caso BILDU, *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 9, 2011, 303 ss.

Si occupa sia della sentenza del Tribunale Supremo oggetto del ricorso di *amparo*, sia della sentenza del Tribunale costituzionale che tale ricorso decide E. VIRGALA FORURIA, Las sentencias del TS y del TC de mayo de 2011 sobre BILDU y las agrupaciones electorales, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.93, 2011, 307-326.

L. A. MÉNDEZ LOPEZ, Los conflictos entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria: a propósito del caso BILDU, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 67-68, 2011, 158 riconosce che con la sentenza BILDU il Tribunale costituzionale si è addentrato nell’analisi e nell’esame del fondamento dei singoli mezzi di prova e riconduce il conflitto fra Giudice costituzionale e giudice comune alla messa in dubbio della posizione del Tribunale Supremo come sommo interprete “ .. de la ley cuando el Tribunal constitucional corrige la interpretación de aquél con base de que vulnera indudablemente la Constitución”.

al processo in cui detta violazione si è verificata, fatti dei quali in nessun caso il Tribunale costituzionale avrà cognizione (*entrará a conocer*)”. Secondo tale lettura l’articolo in esame, infatti, non soltanto escluderebbe la configurabilità del giudizio di *amparo* come giudizio di ultima istanza, impedendo al giudice costituzionale un riesame completo del *merito* della stessa questione già decisa nei precedenti gradi del giudizio: esso varrebbe, altresì, a precludere *qualsiasi intervento* sulla ricostruzione dei fatti operata in sede di merito, così come *ogni accesso* - non giustificato da discrepanze fra risultanze processuali e contenuti decisionali risultanti in modo diretto, manifesto ed immediato dallo stesso testo della pronuncia impugnata in *amparo* - agli atti istruttori formati nelle precedenti fasi processuali, al fine di controllare la correttezza della ricostruzione storica dei fatti di causa ad opera del giudice comune. Secondo tale impostazione nel giudizio di *amparo* sarebbero, infatti, isolabili due distinti tipi di valutazione: 1) il primo sarebbe inteso a verificare se siano state o meno rispettate le condizioni dalla cui osservanza dipende la regolarità del processo *a quo* e se i vari mezzi ed elementi di prova posti dal giudice di merito a fondamento della propria decisione siano stati, durante lo svolgimento del processo medesimo, validamente assunti; 2) il secondo consisterebbe nella verifica della tenuta argomentativa del ragionamento giurisdizionale *complessivamente inteso*, vale a dire nella verifica della logicità, della coerenza e della non contraddittorietà dell’ipotesi ricostruttiva del fatto, come prospettata dal giudice di merito attraverso l’individuazione degli elementi di prova adottati a sostegno dell’ipotesi medesima, e l’esplicitazione dei relativi nessi inferenziali: nessun controllo, e nessuna sanzione da parte del giudice dell’*amparo*, sarebbe, in tale prospettiva, ipotizzabile intorno alle carenze della motivazione relative all’eventuale presenza di possibili contro-ipotesi esplicative del fenomeno o di eventuali profili concernenti una qualificazione giuridica del fatto di causa diversa da quella prospettata dal giudice comune. La verifica operata dal giudice costituzionale dovrebbe limitarsi esclusivamente al controllo della *coerenza logica interna* all’ipotesi ricostruttiva accolta dal giudice comune. Essa non dovrebbe, pertanto, tendere a sovvertire o, comunque, ad incidere sulla valutazione della rilevanza giuridica (sul carattere decisivo e determinante ai fini della pronuncia) dei fatti che il giudice comune ha posto a fondamento della propria decisione: tale valutazione sarebbe riservata al giudice di merito in forza, si dice, sia del principio del *libero convincimento* del giudice riconducibile alla norma costituzionale che ne tutela l’indipendenza e ne garantisce così la libertà di coscienza, sia del criterio conoscitivo e decisionale della cosiddetta *inmediación*, secondo cui soltanto se il giudice può fondare il proprio convincimento sull’ “impressione immediata” ricevuta nel corso della partecipazione diretta e personale all’assunzione della prova, il suo giudizio può

dirsi veramente libero ³⁵. L'eventuale controllo del Giudice costituzionale sulla logicità, sulla non contraddittorietà e sulla sufficienza della motivazione, secondo la dottrina qui riassunta, verrebbe a configurarsi come controllo che non pretende di sovvertire e sostituire il parametro della decisione – la qualificazione giuridica del fatto - adottato dal giudice di merito attraverso l'individuazione degli elementi di prova ritenuti rilevanti: esso verrebbe a porsi come rispettoso della logica interna al criterio di razionalità decisionale liberamente assunto dal giudice di merito ³⁶.

Questa lettura dell'art. 44 LOTC sembra, dunque, proporre una delimitazione dei rapporti fra giurisdizione comune e giurisdizione dell'*amparo* costituzionale improntata sia alla netta distinguibilità del giudizio di fatto (riservato al giudice di merito) dal giudizio di diritto (esercitabile dalla giurisdizione costituzionale), sia alla attribuibilità al solo giudice comune – e non, dunque, al Tribunale costituzionale - del potere-dovere di valutare la *rilevanza* ai fini della decisione finale delle varie fonti di prova - purchè regolarmente acquisite nel processo - lasciando al giudice dell'*amparo* soltanto la possibilità di sanzionare l'eventuale illogicità o incoerenza interna di tale valutazione: secondo tale prospettiva il controllo del giudice di legittimità costituzionale può essere esercitato esclusivamente sulle proposizioni e sulla coordinazione della motivazione risultante dal testo dell'atto impugnato, il quale va in tal modo a costituire l'esclusivo termine di riferimento del controllo sulla logicità della motivazione: al giudice della legittimità costituzionale resterebbe soltanto l' esame della struttura razionale della decisione di merito, dovendo il giudice *dell'amparo* muovere dalle conclusioni del giudice *a quo* per ripercorrerne a ritroso la linea logica del ragionamento al fine di controllare la coerenza delle inferenze che lo compongono e dei collegamenti fra i vari passaggi argomentativi della pronuncia impugnata in *amparo*. Secondo l'impostazione qui descritta l'unica possibilità per il giudice costituzionale di verificare se i risultati interpretativi delle prove assunte dal giudice di merito siano effettivamente coerenti con i dati processuali emersi nel corso di tale giudizio - e, si badi bene, eventualmente a tal scopo accedere agli atti processuali - è data dal caso in cui il travisamento risulti proprio dal testo della parte motiva del provvedimento impugnato, traducendosi così tale difetto argomentativo in mancanza o

³⁵ La letteratura al riguardo è abbondante. In materia si veda, per tutti, E.J. COUTURE, Las reglas de la sana crítica, in Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1949, II, 221; J.A. DE VEGA, Estudios Jurídicos, Canarias, 1988, 122. Per un'esposizione degli argomenti normalmente addotti a sostegno dell'impostazione in parola si veda, anche se in senso critico, P. ANDRÉS IBÁÑEZ, Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, DOXA, 12, 1992.

³⁶ Lo stesso Tribunale Costituzionale (Trib. Cost., 23/02/2009, n. 49) aveva fatto espresso riferimento al principio di *inmediación* come principio direttamente vincolato – unitamente al principio del contraddittorio - al diritto al giusto processo ed aveva affermato che la decisione del giudice deve fondarsi e basarsi su dati probatori esaminati ed assunti direttamente e personalmente dall'organo giudicante.

manifesta illogicità della motivazione. Al di fuori di tale ipotesi residuale – travisamento del fatto ricavabile e riconducibile al testo del provvedimento impugnato in modo da ricondurre tale tipo di vizio pur sempre alla categoria dei vizi di logicità interni alla prospettiva decisionale autoreferenzialmente assunta dal giudice comune – il giudice costituzionale non avrebbe il potere di sanzionare la decisione finale motivata su elementi di fatto insussistenti o non acquisiti in giudizio, o, al contrario, senza prendere in esame dati probatori invece emersi nella precedente fase processuale: tale impostazione finisce, dunque, col rendere il giudizio di *amparo* indifferente al problema della fondatezza della decisione di merito ed al valore di verità che questa dovrebbe assicurare.

Le implicazioni di tale impostazione sono, infatti, evidenti: in sede di giudizio di *amparo* la legalità e la legittimità costituzionale del provvedimento impugnato risiede, oltre che nella ritualità delle procedure seguite, nella sola tenuta logica del ragionamento che lo sorregge così come formalizzato nel testo della motivazione. Quanto alla *fondatezza* della decisione, il Giudice costituzionale deve rimettersi completamente al criterio di plausibilità dell'ipotesi ricostruttiva del fatto insindacabilmente individuato dal giudice di merito: il Tribunale costituzionale deve mantenersi neutrale rispetto a possibili narrazioni alternative dello stesso fatto di causa, anche se logicamente argomentabili, ed addirittura restare indifferente nei confronti dell'eventuale divario fra i dati esaminati nella pronuncia del giudice comune e quelli rimasti nascosti – o in quanto assolutamente non considerati dal giudice comune, o in quanto nella motivazione di questi non sono state esposte le ragioni in grado di decretarne l'irrelevanza ai fini del decidere – negli atti del processo.

La limitazione del controllo del Tribunale costituzionale alla mera analisi retrospettiva del ragionamento probatorio del giudice comune finalizzata a controllarne l'interna struttura razionale secondo i canoni di razionalità e plausibilità delle ipotesi ricostruttive dei fatti di causa dallo stesso giudice di merito adottati ha, dunque, due conseguenze importanti: 1) la prima è che, quando il giudice di comune abbia trascurato, nello sviluppo della propria motivazione, alcuni elementi probatori emersi nel corso del processo, non solo si rende improspettabile innanzi al giudice costituzionale una diversa ricostruzione dei fatti fondata sulle prove e sui dati conoscitivi tralasciati e nemmeno menzionati dal giudice di merito, ma, neppure, è dato al Tribunale costituzionale strumento alcuno per evitare la mortificazione delle risultanze processuali derivanti da tale atteggiamento argomentativo; 2) la seconda è che, aderendo a tale impostazione, si preclude al giudice costituzionale un controllo pieno sull'*iter* logico-motivazionale seguito dal giudice di merito, onde censurarne l'incoerenza o l'insufficienza rispetto ai parametri di giustificazione del ragionamento induttivo

eventualmente desunti dal Tribunale costituzionale per via interpretativa dalle norme costituzionali in materia di diritti. Ne consegue che, secondo l'impostazione ora riassunta, al giudice dell' *amparo* mancherebbero strumenti di intervento in grado di evitare che la pronuncia del giudice di merito sia adottata in base di inespressi ed occulti criteri di giustizia e razionalità decisionale, eventualmente incompatibili con la propria interpretazione della norma costituzionale. Tutto ciò che non compare nel testo della motivazione non è controllabile: la limitazione del dovere di motivazione alla sola indicazione dei dati probatori su cui si fonda la decisione – e non anche alla ordinata e specifica giustificazione di ogni singolo passaggio argomentativo del processo induttivo - amplia le possibilità che il giudice di merito si pronunci sulla fondatezza della questione sottoposta al suo esame sulla base di valori di verità e *standard* di razionalità dell'ipotesi ricostruttiva dei fatti di causa non congruenti con i parametri dal Giudice costituzionale ricavati per via di interpretazione dalla norma costituzionale.

L'esclusione di ogni possibilità di intervento del giudice costituzionale sulla ricostruzione dei fatti operata dal giudice di merito può, dunque, valere a determinare una possibile linea di resistenza alla penetrazione del valore costituzionale e del criterio di razionalità decisionale individuato dal Giudice costituzionale: l'eventuale controllo del Giudice costituzionale intorno alla logicità, sufficienza e non contraddittorietà della motivazione del giudice di merito si configura, nella prospettiva interpretativa qui indicata, come controllo che non può sovvertire e sostituire il parametro di giustizia della decisione adottato e presupposto dal giudice attraverso l'individuazione di taluni fatti come rilevanti, ma è un controllo che ha a che vedere con la logica interna al criterio di razionalità decisionale insindacabilmente e liberamente scelto dal giudice di merito. Si tratta, dunque, di un controllo tutto interno alla prospettiva argomentativa insindacabilmente assunta dal giudice intorno al carattere decisivo e determinante di un dato elemento probatorio.

§ 7. La lettura dell'art. 44 LOTC appena riassunta non è l'unica possibile.

Una netta distinzione tra giudizio di legittimità costituzionale, affidato al giudice dell' *amparo* costituzionale, e giudizio di merito, attribuito al giudice comune, potrebbe, in effetti, essere assicurata non tanto negando, quanto confermando e rafforzando il ruolo del Tribunale costituzionale quale controllore della sola logicità formale della decisione impugnata in *amparo*: a tal fine sarebbe sufficiente sostenere che il Tribunale costituzionale, quando opera il controllo sull'astratta logicità della sentenza oggetto di ricorso di *amparo*, deve sindacare l'incoerenza, la contraddittorietà o l'assenza non soltanto dei passaggi argomentativi

solipsisticamente costruiti dal giudice (sia del giudice di merito che, eventualmente, dello stesso giudice della legittimità costituzionale), ma anche di quelli necessariamente imposti dallo sviluppo del processo. In tale prospettiva il Giudice costituzionale sarebbe tenuto a sanzionare l'erroneità della scelta – operata dal giudice di merito – del singolo nesso inferenziale, che necessariamente lega sia premessa e conclusione di ciascuno degli argomenti che le risultanze processuali hanno individuato come rilevanti ai fini della decisione, sia tali argomenti fra loro: nulla il Giudice costituzionale potrebbe, invece, in materia di individuazione dei criteri di plausibilità delle varie ipotesi ricostruttive dei fatti di causa, che resterebbe qui completamente rimessa alla dialettica del processo svoltosi innanzi al giudice comune. Il controllo di ragionevolezza svolto dal Giudice dell' *amparo* costituzionale, dunque, si configurerebbe come controllo del tutto *interno* ai parametri di razionalità decisionale non più – come nell'ipotesi ricostruttiva riassunta nel precedente paragrafo – insindacabilmente definiti dal giudice di merito, ma proposti dalle parti ed emersi nello svolgimento del processo: le due soluzioni interpretative sarebbero, dunque, accomunate dalla configurazione del controllo del giudice dell'*amparo* costituzionale come astratto sindacato sulla sola logicità formale della motivazione. La differenza fra le due risiederebbe, invece, nell'ampiezza del dovere di motivazione del giudice di merito, il quale nell'un caso (ipotesi interpretativa descritta nel precedente paragrafo) sarebbe tenuto a motivare esclusivamente intorno agli elementi probatori in forza dei quali ritiene di adottare una determinata ricostruzione dei fatti oggetto di giudizio, nell'altro caso (soluzione interpretativa qui descritta) è tenuto a motivare intorno a tutti i punti di decisione individuati dall'argomentare delle parti nel corso del processo. Anche l'accertamento del vizio del travisamento della prova – vuoi per mancato vaglio della stessa, vuoi per travisamento del senso delle risultanze probatorie – verrebbe qui ad assumere le caratteristiche del *mero* raffronto di tipo logico-formale. Tale raffronto sarebbe, però, teso a verificare, *con riferimento esclusivo agli argomenti emersi nel corso del processo*, se: 1) il giudice abbia o meno di valutare una prova; 2) il giudice ne abbia travisato il senso, rispetto al senso espresso dal contraddittorio tra le parti, e non per come esso è stato stabilito vuoi dal giudice di merito, vuoi, addirittura, dallo stesso giudice dell'*amparo* costituzionale; 3) le eventuali conclusioni conoscitive che *prima facie* appaiono autonome rispetto alle proposte interpretative dei fatti avanzate nel corso del processo *a quo*, anziché momento di applicazione di un criterio di giudizio da tali proposte slegato ed indipendente, non ne costituiscano, invece, un corollario dalle stesse deducibile in termini necessari. Soltanto a questi limitati fini sarebbe, dunque,

consentito al Giudice dell' *amparo* costituzionale di accedere al fascicolo processuale e rilevare l'eventuale travisamento.

Nel contesto interpretativo appena ipotizzato il divieto per il Giudice *dell'amparo* costituzionale di conoscere i fatti di causa ex art. 44 LOTC significa precisamente questo: il Tribunale costituzionale non può mutare la qualificazione giuridica dei fatti di causa - e conseguentemente, degli *standard* e dei parametri di razionalità decisionale a tale qualificazione sottesi - quale risultante non soltanto dall' *iter* motivazionale seguito dal giudice di merito, ma anche da tutti i punti di necessaria decisione e motivazione imposti ed emersi dal contraddittorio fra le parti; il Tribunale costituzionale non può, cioè, sostituire le proprie ipotesi ricostruttive dei fatti di causa –imponendo i propri criteri interpretativi di plausibilità e di razionalità decisionale - a quelle risultanti dal contesto processuale che ha forgiato la sentenza impugnata in *amparo*. Il Tribunale costituzionale non può, cioè, sanzionare il vizio del travisamento dei fatti proponendo - attraverso l'individuazione di ragioni di distinzione intorno ai fatti di causa ed ai dati probatori acquisiti nel giudizio di merito - propri argomenti interpretativi e propri criteri di razionalità decisionale degli elementi probatori indipendenti ed aggiuntivi rispetto a quelli apportati dalle parti nel corso del giudizio di merito. Il Giudice dell' *amparo* non soltanto non può procedere all'assunzione diretta di nuovi mezzi di prova vertenti sullo stesso oggetto già deciso dal giudice di merito, ma nemmeno può far valere la mancanza, l'insufficienza della motivazione intorno ad un dato probatorio facendo riferimento ad un argomento, ad un criterio interpretativo di tipo nuovo, indipendente ed aggiuntivo rispetto a quelli già prospettati nel giudizio *a quo*; nemmeno il Giudice costituzionale può a tale dato attribuire un significato diverso rispetto a quello riconosciutogli dalla sentenza impugnata in *amparo*, qualora tale significato non sia riconducibile ad alcuno degli argomenti interpretativi già forgiati nel corso del giudizio di merito³⁷.

Quanto appena riassunto ha due evidenti conseguenze: la prima è che il giudice costituzionale non può far valere una propria linea interpretativa del dettato costituzionale in materia di

³⁷ I tentativi di individuare ambiti di controllo e qualificazione giuridica dei fatti di causa riservati alla giurisdizione comune invocano a proprio fondamento l'art. 123 Cost. sp. Così, ad esempio, J. DELGADO BARRIO, El juez en la Constitución, in Constitución y Poder Judicial, XXV Aniversario de la Constitución de 1978, Madrid, Consejo general del Poder Judicial, 2003, 113 – 126; F. FERNÁNDEZ SEGADO, El recurso de amparo como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2003, 105 – 171; L.M. DÍEZ PICAZO, Sistema de derechos fundamentales, Madrid, Civitas, 2003; A. MARTÍNEZ ESCRIBANO, Reflexiones sobre la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales, in M. E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ, J. CRUZ VILLALÓN, Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española, La Ley, 2006, 1073 – 1092.

diritti tutelabili in *amparo* se non quando tale linea trovi corrispondenza in proposte argomentative già sul tappeto, in quanto maturate nel processo *a quo*; la seconda è che, proprio in conseguenza di ciò, è il giudizio di merito – e non il giudizio di *amparo* costituzionale – il luogo in cui possono emergere le novità giurisprudenziali capaci di vivificare il diritto, toccando al Tribunale costituzionale al più il compito di decidere se avallarle o disattenderle.

§ 8. Anche l'ipotesi interpretativa appena riassunta al precedente paragrafo – e che per comodità espositiva d'ora innanzi indicheremo come soluzione interpretativa 2, per distinguerla dalla precedente impostazione riassunta al paragrafo 5, la quale sarà, invece, indicata come soluzione interpretativa 1 - non esaurisce il novero delle possibili interpretazioni dell'art. 44 LOTC tendenti ad evitare la trasformazione del giudizio di *amparo* costituzionale in giudizio di appello. Tale articolo può, infatti, prestarsi ad una lettura che consente anche al giudice di legittimità costituzionale di conoscere la vicenda storica oggetto della regiudicanda, senza che la partecipazione e l'intervento del giudice costituzionale nella qualificazione giuridica dei fatti di causa comporti necessariamente la sua trasformazione in giudice dotato degli stessi poteri e delle stesse competenze di un giudice di appello. Non necessariamente, infatti, consentire l'identificazione da parte del Tribunale costituzionale di punti di necessaria decisione e motivazione indebitamente trascurati dal giudice di merito o dall'argomentare delle parti, significa avallare tale conclusione: tale rischio può essere, infatti, scongiurato semplicemente interpretando l'art. 44 LOTC come norma che preclude al giudice *dell'amparo* lo svolgimento di un'attività vuoi di riassunzione di prove già acquisite nel giudizio *a quo*, vuoi di assunzione di nuovi mezzi probatori. In tale prospettiva la distinzione fra giudizio di appello e giudizio di *amparo* costituzionale atterrebbe essenzialmente alla rinnovazione dell'istruzione probatoria, possibile nel caso del giudizio di appello e preclusa, invece, nel giudizio di *amparo*. Per contro, tale distinzione lascerebbe salva la possibilità per il Tribunale costituzionale, proprio in virtù della sua posizione istituzionale di giudice della legittimità costituzionale e di sommo interprete della Costituzione, di intervenire sulla qualificazione giuridica dei fatti di causa e di individuare - alla luce dei criteri interpretativi delle norme costituzionali e dei parametri di razionalità decisionale fissati dallo stesso Tribunale costituzionale – ora, eventuali punti di necessaria decisione e motivazione trascurati dal giudice di merito, ora possibili assegnazioni, da parte dello stesso giudice di merito, di significati non costituzionalmente plausibili ai dati probatori raccolti nel corso del giudizio di merito. Tale distinzione lascerebbe, dunque, salva la possibilità per il giudice dell' *amparo*

costituzionale di sanzionare il vizio del travisamento dei fatti e di rilevare – proprio sulla base ed in forza delle soluzioni interpretative dei dati probatori dallo stesso ritenute costituzionalmente corrette, anche se caratterizzate dalla novità, in quanto mai espresse e prospettate nel corso del processo *a quo* – l’esistenza di eventuali discrasie fra risultanze processuali (così come interpretate dal giudice dell’ *amparo*) e parte motiva della sentenza del giudice comune.

Il divieto per il giudice *dell’amparo* costituzionale di conoscere i fatti di causa posto dall’art. 44 LOTC può, dunque, essere interpretato semplicemente in termini di “dovere per il Tribunale costituzionale di decidere *allo stato degli atti*” e non anche come preclusione all’individuazione da parte sua – ed in maniera indipendente dalla qualificazione giuridica dei fatti di causa risultante, vuoi, dal testo della sentenza impugnata in *amparo*, vuoi, dalla dialettica processuale - dei profili di fatto connotati da rilevanza costituzionale e dei profili interpretativi deputati a costituire il parametro alla cui stregua valutare ora l’effettiva sussistenza degli elementi epistemologici posti a fondamento della sentenza impugnata, ora l’effettiva corrispondenza del loro contenuto rispetto a quello fatto proprio dal provvedimento del giudice di merito.

Anche in questo caso, così come già nelle soluzioni interpretative 1 e 2, l’eventuale accesso al fascicolo processuale da parte del giudice di legittimità costituzionale volto all’accertamento dell’esistenza di una discrepanza fra risultanze processuali e parte motiva della sentenza deve essere condotto attraverso lo svolgimento di una mera attività cognitiva di tipo logico-formale, e, cioè, attraverso lo svolgimento di un mero raffronto di tipo meccanico fra quanto esistente negli atti del processo *a quo* e quanto dichiarato dal giudice di merito in motivazione: dunque, l’accertamento dell’esistenza del vizio del travisamento del fatto deve essere, cioè, condotto semplicemente fotografando l’evidente dissonanza fra dati processuali e motivazione, e non attraverso la rinnovazione dell’istruzione probatoria.

A variare nelle tre soluzioni interpretative dell’art. 44 LOTC sopra riassunte, come in più occasioni si è tentato di sottolineare, non sono tanto le concrete caratteristiche del tipo di attività conoscitiva che il Giudice costituzionale può svolgere nell’accertamento del vizio del travisamento dei fatti, dovendo tale accertamento limitarsi ad un raffronto di tipo formale fra *dictum* giudiziale e dato processuale. A variare è, piuttosto, il parametro alla cui stregua può essere valutata l’effettiva consistenza della discrepanza fra tali due elementi, vale a dire il parametro alla cui stregua può essere valutata l’incongruenza fra ciò che esiste nelle carte processuali e ciò che viene esposto nelle argomentazioni del giudice di merito: nella soluzione interpretativa 1) tale parametro consiste nella qualificazione giuridica dei fatti di causa

operata dal solo giudice di merito; nella soluzione interpretativa 2) tale parametro consiste nella qualificazione giuridica dei fatti di causa così come risultante dal dialettico argomentare delle parti nel processo *a quo*; nella soluzione interpretativa 3) tale parametro consiste nella qualificazione giuridica dei fatti di causa operata - in forza della sua posizione istituzionale di Giudice della legittimità costituzionale e di sommo interprete della Costituzione - dal Tribunale costituzionale, indipendentemente dal fatto che tale qualificazione coincida o meno con i criteri di qualificazione già prospettati nel corso del giudizio *a quo*.

§ 8. La sentenza BILDU non è riconducibile alla soluzione interpretativa 1). In essa, cioè, il travisamento del fatto non viene valutato alla luce dei soli criteri interpretativi dei fatti di causa indicati dal giudice di merito. Con la sentenza BILDU, infatti, il Tribunale costituzionale non pare ritenersi vincolato alla qualificazione giuridica del fenomeno oggetto del processo *a quo* operata dal giudice di merito; nemmeno il Giudice costituzionale pare reputare che il suo sindacato sulla tenuta argomentativa della pronuncia del giudice comune debba svolgersi esclusivamente all'interno alla prospettiva argomentativa adottata da quest'ultimo.

Piuttosto, il Giudice costituzionale con tale sentenza individua uno snodo argomentativo non è stato specificamente indicato dal giudice di merito, e nemmeno espressamente e chiaramente definito dalla parte ricorrente in *amparo*: quest'ultima, infatti, né nel corso del processo *a quo*, né nei motivi di impugnazione in *amparo*, aveva specificamente eccepito alcunché intorno alla attribuzione di taluni decisivi documenti probatori a *Batasuna*, anziché, alla cosiddetta *Izquierda Arbetzale*. Nulla era stato, dunque, rilevato dalla coalizione elettorale BILDU intorno alla erronea riconduzione di tali documenti al partito politico a suo tempo sciolto. Le eccezioni della coalizione elettorale in parola, infatti, avevano riguardato, come in precedenza sottolineato, essenzialmente, l'attribuzione della paternità dei medesimi documenti a due partiti facenti parte della coalizione elettorale BILDU diversi dal disciolto *Batasuna*. La mancanza di una specifica eccezione relativa alla paternità di documenti probatori ritenuti dal giudice di merito di rilevante e decisivo peso indiziario può indurre a ritenere che il Giudice dell'*amparo* costituzionale, propendendo per la soluzione interpretativa 3), abbia, qui, ritenuto di poter prescindere del tutto dagli argomenti proposti e forgiati dalle parti nel corso del processo *a quo*, e relativi ai dati probatori assunti nel corso del medesimo ed abbia, pertanto, proceduto in autonomia alla qualificazione giuridica dei fatti di causa, introducendo un inedito profilo di distinzione a tali fatti attinente.

La riconducibilità della sentenza BILDU alla soluzione interpretativa 2) potrebbe, forse, essere, comunque sostenuta, ammettendo che le affermazioni del Tribunale costituzionale circa l'esistenza di una contraddizione fra quanto risultante in motivazione relativamente alla paternità di determinati documenti probatori e risultanze processuali costituisca la necessaria conseguenza ed applicazione, il necessario sviluppo, di parametri interpretativi degli elementi e dei dati probatori già impiegati dalla parte ricorrente nel corso del giudizio *a quo* e, in seguito, puntualmente riproposti come motivo del ricorso di *amparo* costituzionale. La sentenza BILDU potrebbe, dunque, essere riconducibile per tale via – svolgimento di conseguenze implicite negli argomenti e nei criteri interpretativi dei fatti di causa già esplicitati e rappresentati dalla parte ricorrente nel corso del processo innanzi al Tribunale Supremo e dalla stessa ripresi nei motivi di impugnazione - alla soluzione interpretativa 2).

Effettivamente, la coalizione elettorale BILDU, anche già nel corso del giudizio innanzi al Tribunale costituzionale, aveva – pur senza, come appena detto, riferire espressamente tale argomento in modo specifico al problema della prova della provenienza e della paternità di determinati documenti rilevanti ai fini della decisione – rimarcato decisamente la scorrettezza costituzionale dell'equiparazione della cosiddetta *Izquierda Arbetzale* a *Batasuna*: questo, proprio in forza 1) dell'assenza in Costituzione di limitazioni di tipo ideologico in capo ai partiti politici; 2) del carattere operativo, e non meramente ideologico, del divieto di prosecuzione dell'attività di un partito politico messo fuori legge, 3) della non configurabilità - in capo agli aderenti ed ai simpatizzanti del partito politico messo fuori legge - della perdita dell'elettorato passivo come conseguenza dello scioglimento. Il travisamento dei fatti lamentato dalla sentenza BILDU potrebbe, dunque, costituire per il Giudice costituzionale null'altro che la conseguenza diretta, immediata ed implicita, di quanto già affermato dalla parte ricorrente in *amparo* nel corso del giudizio *a quo* circa le ragioni del distinguere fra *Batasuna* ed *Izquierda Arbetzale*.

Tuttavia, il Tribunale costituzionale non si preoccupa di rimarcare espressamente - all'atto dell'individuazione della sussistenza del travisamento - che la parte ricorrente aveva già rappresentato al giudice comune – ed aveva poi ripreso nei motivi del ricorso in *amparo* – gli elementi ed i criteri interpretativi dei fatti di causa in virtù dei quali il giudice comune avrebbe potuto rilevare proprio il travisamento poi ritenuto dalla sentenza BILDU: la loro mancata considerazione da parte della sentenza BILDU *come elementi e criteri interpretativi già esposti e già emersi* nel corso del processo svoltosi innanzi al Tribunale supremo potrebbe essere sintomatica del fatto che il Tribunale costituzionale non si reputi affatto limitato, quanto a tempi e modi dello sviluppo delle proprie linee giurisprudenziali, dalle indicazioni,

dai paradigmi e dalle proposte interpretative maturati nel corso del giudizio di merito, e, cioè, nel corso del giudizio in cui si assumono e si valutano direttamente i mezzi di prova e maggiore è, pertanto, la vicinanza al fatto da interpretare e qualificare giuridicamente.

Il silenzio del Tribunale costituzionale al riguardo potrebbe, però, essere indicativo di un atteggiamento ancora diverso: a ben vedere gli argomenti ed i criteri interpretativi richiamati dal ricorrente – e costituenti il presupposto immediato del riconoscimento del travisamento del fatto - sono tutti riferibili a soluzioni interpretative del testo costituzionale già largamente presenti e verbalizzati nella giurisprudenza costituzionale precedente. Può darsi che il Tribunale costituzionale non abbia ritenuto di procedere alle specificazioni in parola (travisamento dei fatti inteso come conseguenza e specificazione necessaria di una linea argomentativa già forgiata nel corso del giudizio di merito e ripresa nei motivi del ricorso di *amparo* nel caso in cui il ricorrente abbia ommesso di eccepire il travisamento medesimo) soltanto perché le proposte interpretative dei fatti di causa elaborate nel giudizio *a quo* non presentano profili di novità rispetto alla costante giurisprudenza costituzionale in materia, e si limitano a riproporre principi giuridici già chiaramente in precedenza espressi dallo stesso Giudice costituzionale. Può essere, dunque, che il Giudice costituzionale si reputi tenuto a fornire i suddetti chiarimenti intorno alla “provenienza” dal giudizio di merito degli argomenti giuridici costituenti il presupposto interpretativo immediato del lamentato travisamento dei fatti soltanto quando detti argomenti costituiscano prima e, al momento, inedita verbalizzazione di un principio giuridico-costituzionale ed interpretativo di nuovo conio: può essere, cioè, che il Giudice costituzionale ritenga che soltanto la novità di quest’ultimo possa determinare l’insorgere del dovere di specificazione suddetto.

Il silenzio della sentenza BILDU riguardo all’avvenuta rappresentazione da parte del ricorrente al giudice di merito degli elementi e dei criteri interpretativi in ragione dei quali quest’ultimo avrebbe potuto riconoscere il travisamento dei fatti poi individuato dal Giudice del’ *amparo* può, dunque, essere considerato riconducibile ai seguenti fattori: 1) il Tribunale costituzionale non si ritiene in alcun modo vincolato dalla qualificazione dei fatti di causa operata nel giudizio comune, ben potendo il Tribunale costituzionale medesimo, anche se privo dei poteri di rinnovazione dell’istruzione probatoria tipici di un giudice d’appello, incidere sulla qualificazione medesima attraverso l’eventuale riconoscimento o di una mancanza o insufficienza della motivazione o dell’attribuzione da parte del giudice di merito al dato processuale di un significato diverso da quello costituzionalmente compatibile; 2) l’adesione all’impostazione per cui il Giudice dell’*amparo* costituzionale ben può intervenire sulla qualificazione giuridica del fatto di causa e sanzionare il travisamento dei fatti soltanto

qualora tale vizio sia riconducibile in modo diretto ed immediato - costituendone la conseguenza applicativa necessaria - ad un parametro interpretativo della norma costituzionale già in precedenza formulato con chiarezza: non anche qualora il profilo di distinzione dei fatti di causa introdotto dal Giudice costituzionale sia ancorato ad un momento di evoluzione ed avanzamento giurisprudenziale ed alla formulazione di nuove declinazioni e specificazioni linguistiche di un criterio interpretativo, di un principio giuridico.

§ 9. Entrambe le impostazioni appena riassunte sono astrattamente plausibili e sostenibili: è, però, probabile che si affermi nella giurisprudenza costituzionale l'impostazione favorevole alla libertà d'intervento del Giudice dell'*amparo* costituzionale nella qualificazione dei fatti di causa, anche nel caso in cui quest'ultimo sia volto ad imporre un'evoluzione interpretativa, una svolta innovativa nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali, e non, soltanto, a consolidare un indirizzo giurisprudenziale già in precedenza espresso ed affermato.

Tale probabilità non dipende soltanto dal fatto che lo stesso Tribunale costituzionale – anche se nella veste di Giudice della legittimità delle leggi e non di giudice *dell'amparo* costituzionale – ha già mostrato in modo netto di non reputarsi vincolato alle indicazioni interpretative provenienti dai giudici comuni, ritenendo di poter senz'altro superare i confini della questione di legittimità costituzionale così come prospettata dal giudice *a quo*, e di potere sollevare innanzi a sé questione di legittimità costituzionale di una norma di necessaria applicazione ai fini della decisione di sua spettanza.

A far prevedere il futuro, deciso, prevalere dell'impostazione favorevole alla libertà interpretativa del Tribunale costituzionale è la constatazione che essa pare essere la più coerente con la configurazione dell'istituto dell'*amparo* costituzionale che è andata delineandosi, a partire dalla riforma, nel 2007, della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Tale impostazione pare essere, cioè, quella più adeguata alla posizione istituzionale assegnata dalla riforma della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* al Tribunale costituzionale.

Tale riforma, come è noto, in primo luogo, ha provveduto a modificare, fra l'altro, l'art. 241 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* disciplinando *ex novo* il procedimento di nullità degli atti processuali e consentendo l'impiego dell'incidente di nullità – sino ad allora utilizzato per far valere vizi di natura soltanto processuale - in casi di violazione di uno dei diritti fondamentali di cui all'art. 53 della Costituzione spagnola.

In secondo luogo, essa è intervenuta sui requisiti di ammissibilità del ricorso di *amparo*, imponendo al ricorrente di motivare intorno alla sussistenza del nuovo requisito della

“speciale trascendenza costituzionale” da valutarsi in base alla rilevanza del ricorso medesimo per l’interpretazione e l’applicazione della Costituzione e per la definizione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali (art. 49 LOTC).

Le innovazioni in parola paiono tese, non tanto a circoscrivere la libertà interpretativa del Giudice dell’ *amparo*, limitandola alla scelta ed all’eventuale avallo di soluzioni interpretative provenienti dal “basso” (dai giudizi di merito), quanto, piuttosto, a consacrare quest’ultimo come punto apicale dell’interpretazione costituzionale in materia di diritti fondamentali.

Quanto alla nuova disciplina dell’incidente di nullità, infatti, da essa non sembra desumibile nessun vincolo per il giudice costituzionale ai soli criteri qualificativi e interpretativi dei fatti di causa emersi nel corso del giudizio di merito e ripresi dal ricorrente: tale disciplina sembra, piuttosto esprimere la volontà del legislatore organico di preservare il Tribunale costituzionale dall’eccesso di lavoro attraverso il riconoscimento in capo al giudice comune – reputato ormai formato ai nuovi valori costituzionali – del ruolo di garante “in prima battuta” dei diritti fondamentali.

Quanto alla nuova regolamentazione dei requisiti di ammissibilità del ricorso, occorre precisare che essa non ha specificamente inciso sulla delimitazione dei parametri e dei criteri di decisione del Tribunale costituzionale, andando ad operare distinzioni attinenti alla “novità” o meno del profilo interpretativo di volta in volta adottato dal Giudice dell’ *amparo* costituzionale per la definizione del ricorso sottoposto alla sua attenzione. Un conto è la disciplina dei requisiti di ammissibilità di un ricorso, ed un conto è la definizione dei parametri e dei criteri alla stregua dei quali il ricorso medesimo può essere deciso: i due profili sono logicamente distinguibili. Il fatto che il legislatore organico abbia imposto, quale condizione di ammissibilità del ricorso di *amparo*, la dimostrazione della speciale rilevanza del medesimo per l’interpretazione e l’applicazione della Costituzione e per la definizione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali (art. 49 LOTC) non comporta necessariamente che il Tribunale costituzionale possa attingere i criteri interpretativi fondanti la propria decisione soltanto dai motivi del ricorso tesi a dimostrarne l’ammissibilità. I motivi di ammissibilità del ricorso – anche se riferiti alla rilevanza del medesimo ai fini dell’interpretazione costituzionale - non devono logicamente e necessariamente esaurire l’orizzonte delle possibili scelte interpretative del Tribunale costituzionale chiamato a concedere o meno l’*amparo* costituzionale.

A tutto ciò si aggiunga che la riforma della *Ley Orgánica de Tribunal Constitucional* ha negato spazio a qualsiasi tipo di controllo delle sentenze del Giudice costituzionale da parte dei giudici comuni: se anche si volesse negare al Tribunale costituzionale la libertà di

inaugurare una propria innovativa linea giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali - indipendentemente dalle sollecitazioni eventualmente in tal senso provenienti dal basso, vale a dire dal vario argomentare emerso e sviluppatosi nei giudizi svoltisi innanzi alla giurisdizione comune e poi ripreso dal ricorrente – non vi sarebbe modo di sanzionare le eventuali inadempienze.

Anche la stessa giurisprudenza costituzionale che ha tentato di chiarire la portata di tali innovazioni ha, fin da subito, insistito sulla necessità di distinguere fra dimostrazione della “speciale trascendenza costituzionale del ricorso” e dimostrazione dell’avvenuta lesione del diritto fondamentale, lasciando chiaramente intendere che il piano delle valutazioni concernenti l’ammissibilità del ricorso non è del tutto sovrapponibile a quello delle valutazioni intorno alla fondatezza del medesimo: dalla disciplina delle prime non possono trarsi limitazioni concernenti le seconde; l’oggetto della decisione intorno all’ammissibilità del ricorso è, infatti, distinto dall’oggetto della decisione intorno all’avvenuta lesione o meno di un diritto fondamentale ³⁸.

La posizione di preminenza rispetto ai giudici comuni delle scelte interpretative del Tribunale costituzionale in materia di diritti è stata, poi, ribadita con decisione dalle importantissima sentenza n. 155 del 2009, con la quale il Tribunale costituzionale ha legato, in modo ancora più deciso di quanto fatto a suo tempo dalla *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, il requisito di ammissibilità della “speciale trascendenza costituzionale” alla garanzia dell’implementazione delle scelte interpretative adottate dal Tribunale costituzionale. Le specificazioni contenute in tale sentenza paiono andare, infatti, tutte nella direzione dell’esaltazione del ruolo e della posizione istituzionale del Tribunale costituzionale quale interprete sommo della Costituzione e della legalità ordinaria, individuando – pur con la precisazione che tale elenco non costituisce elenco chiuso, ma catalogo sempre aggiornabile dalla giurisprudenza costituzionale che può giungere all’eliminazione di un caso in precedenza previsto o all’inclusione di un caso in precedenza non considerato - ben sette ipotesi di *ammissibilità* del ricorso di *amparo* per “speciale trascendenza costituzionale” ³⁹.

³⁸ Trib. Const., S.I., Auto del 21 luglio del 2008,; Trib Const. , S. II, Auto del 22 settembre 2008, n. 289.

³⁹ Vale a dire: a) l’ipotesi in cui l’ affermata lesione riguardi un problema od un aspetto relativo ad un diritto fondamentale rispetto a cui non si è ancora formata una giurisprudenza costituzionale. In tal caso il ricorso dovrà dimostrare i propri profili di “novità”; b) l’ipotesi in cui il ricorso costituisca occasione per il Tribunale costituzionale di modificare la propria giurisprudenza, come prodotto di una riflessione tutta interna al Tribunale costituzionale medesimo, oppure di realtà sociali nuove, o di intervenuti mutamenti normativi di rilievo o di mutamenti giurisprudenziali degli organi chiamati ad interpretare i trattati o gli accordi internazionali; c) l’ipotesi in cui la violazione del diritto fondamentale discende in modo diretto da una legge o da altra norma di carattere generale; d) l’ipotesi in cui si sia formata un diritto vivente considerato dal Giudice costituzionale contrario alla Costituzione; e) l’ipotesi in cui l’ invocata violazione di un diritto fondamentale dipenda dal fatto che l’interpretazione data dal Giudice costituzionale non è seguita in maniera uniforme dai giudici comuni; f)

Con tale elencazione il Tribunale costituzionale è sembrato, dunque, volersi riservare il compito di indicare le linee interpretative generali in materia di diritti tutelabili con l'*amparo* costituzionale, non soltanto garantendosi gli strumenti per intervenire nei confronti di un giudice comune recalcitrante alle proprie indicazioni ed imporre, anche nel caso specifico, il proprio orientamento, sia ammettendo la possibilità di propri futuri svolgimenti giurisprudenziali. Tale obiettivo viene, però, perseguito dal Giudice dell'*amparo* senza rinnegare la distinzione fra giudizio sull'ammissibilità e giudizio sulla fondatezza del ricorso dallo stesso Giudice in precedenza, secondo quanto appena visto, affermata. Anche il riferimento, da tale sentenza operato, all'ipotesi in cui l'affermata lesione di un diritto fondamentale riguardi un problema o un aspetto relativo ad un diritto fondamentale rispetto a cui non si è ancora formata una giurisprudenza costituzionale, si svolge tutto all'interno di una prospettiva tesa a specificare i profili di necessaria motivazione intorno alla sola ammissibilità del ricorso di *amparo*, richiedendo che esso chiarisca i propri profili di "novità". La sentenza in parola non è, dunque, intervenuta a delimitare i parametri di giudizio del ricorso.

Sia la riforma del ricorso di *amparo* intervenuta nel 2007, sia i successivi svolgimenti giurisprudenziali - distinguendo chiaramente fra motivi di ammissibilità del ricorso e motivi di fondatezza del medesimo; richiedendo, ai soli fini dell'ammissibilità del ricorso medesimo, la chiara dimostrazione della sua strumentalità alla formazione ed all'implementazione da parte dei giudici comuni delle scelte interpretative operate dal Tribunale costituzionale; disciplinando l'incidente di nullità innanzi al giudice comune in modo da sottolinearne il ruolo di garante "in prima battuta" dei diritti fondamentali, senz'altro aggiungere quanto a possibili delimitazioni dei criteri interpretativi e parametri di giudizio del Tribunale costituzionale eventualmente riconducibili alle argomentazioni giuridiche emerse nel giudizio di merito e riprese nei motivi del ricorso; escludendo la controllabilità da parte dei giudici comuni delle pronunce del Tribunale costituzionale – sembrano aver rafforzato, piuttosto che indebolito, la posizione del Giudice dell'*amparo* costituzionale quale vertice dell'interpretazione delle norme costituzionali in materia di diritti fondamentali. Di qui, dunque, l'improbabilità dell'affermarsi di soluzioni interpretative tese a delimitare i poteri di

l'ipotesi in cui il giudice comune in modo manifesto abbia violato l'obbligo di seguire la *doctrina* del Tribunale costituzionale, obbligo consacrato, fin dal 1985, dall'art. 5, cc. 1 e 3 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*; g) l'ipotesi in cui sia portato all'attenzione del Tribunale costituzionale un problema giuridico di rilievo sociale, politico o economico di carattere generale.

innovazione interpretativa, limitandoli alla semplice possibilità di rigetto o di avallo delle proposte interpretative emerse nel corso del giudizio *a quo* e fatte proprie dal ricorrente.

§ 10. La distinzione fra motivi di ammissibilità e ragioni di fondatezza del ricorso - così come la corrispondente differenziazione fra decisione sull'ammissibilità del ricorso e decisione sulla fondatezza della domanda - conduce a conseguenze importanti non soltanto, come appena visto, in merito alla individuazione dei parametri interpretativi utilizzabili dal Tribunale costituzionale, svincolando quest'ultimo dalle scelte interpretative del ricorrente, ma anche in rapporto alla vera e propria definizione dell'oggetto del giudizio di *amparo*, così come delle sue finalità e dei suoi limiti. La chiara configurazione di tale distinzione, infatti, consente di sganciare il giudizio sulla fondatezza o meno del ricorso dalle caratteristiche e dai limiti propri e tipici del giudizio sull'interpretazione, e, dunque, del giudizio sulla motivazione della pronuncia del giudice comune. Se ai fini dell' ammissibilità del ricorso di *amparo* il giudice costituzionale deve dimostrare la "speciale trascendenza costituzionale" del medesimo in rapporto "all' interpretazione, applicazione e determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali" (art. 49 LOTC), ciò non significa necessariamente che il giudice dell' *amparo* sia anche tenuto a decidere della fondatezza o meno del ricorso in esclusiva veste di giudice della buona o della cattiva interpretazione, come controllore, cioè, della sola motivazione fornita dal giudice di merito. Non necessariamente il giudizio di *amparo* deve essere esclusivamente finalizzato alla garanzia del corretto esercizio della funzione giurisdizionale; non necessariamente, dunque, tale giudizio deve configurarsi come giudizio sull'*atto* e svolgersi sulla sola interpretazione della norma costituzionale operata dal giudice di merito e trasfusa nella *motivazione* della propria pronuncia. Per lo meno, tali conseguenze non devono essere necessariamente dedotte dalla disciplina dei requisiti di ammissibilità del ricorso che, come più volte precisato, sono cosa distinta dalle ragioni invocabili a sostegno della fondatezza del medesimo: queste ultime sono indicate chiaramente dalla Carta costituzionale, che in proposito parla dell' *amparo* come di strumento teso a riparare alle lesioni dei diritti fondamentali. Il Giudice dell' *amparo* costituzionale ben può, cioè, alla luce della recente riforma del giudizio di *amparo*, considerare la sentenza impugnata in *amparo* non come atto, ma come *fatto* dal quale possono essere derivate lesioni di diritti fondamentali, lesioni la cui esistenza egli è tenuto ad accertare.

La nuova disciplina del ricorso di *amparo* non è dunque, di per sé, incompatibile con la considerazione del ricorso di *amparo* medesimo come momento di confronto diretto fra la decisione del giudice – considerata come fatto – e il diritto fondamentale tutelato dalla

Costituzione, confronto avente il precipuo scopo di valutare se sia o meno conforme al diritto che il ricorrente in *amparo* sopporti il pregiudizio impostogli dalla sentenza o sia privato del vantaggio (del beneficio) che la sentenza gli concede. Essa non è direttamente contrastante con ricostruzioni del ricorso di *amparo* del seguente tenore: 1) la finalità del ricorso di *amparo* non è tanto il controllo e la correzione dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto operata dal giudice – vuoi nelle valutazioni di fatto, vuoi nelle valutazioni di diritto – quanto, piuttosto, la riparazione delle violazioni dei diritti fondamentali compiute dai pubblici poteri, compreso quello giudiziario; al giudice dell' *amparo* costituzionale, spetta, dunque, il compito di valutare se, *attese le circostanze del caso cui la decisione si riferisce*, ci sia stata o meno lesione di un diritto fondamentale costituzionalmente tutelato; 2) il giudice dell'*amparo* ben può conoscere delle circostanze del caso cui la decisione impugnata si riferisce proprio in quanto e nella misura in cui esse appaiano rilevanti ai fini della decisione sull'avvenuta lesione da parte dell'autorità giudiziaria di un diritto costituzionalmente tutelato; 3) l'annullamento di una sentenza non corretta sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto è, nel giudizio di *amparo*, circostanza solo eventuale, ben potendosi verificare l'esistenza di sentenze che, anche se sorrette nella parte argomentativa da cattive interpretazioni o applicazioni del diritto, sono dotate di una parte dispositiva di per sé non lesiva di un diritto fondamentale.

L'affermazione per cui la ricostruzione del ricorso di *amparo* appena riassunta non è incompatibile con la riforma costituzionale del 2007 comporta importanti conseguenze concernenti proprio il problema del carattere vincolante o meno per il Tribunale costituzionale della ricostruzione dei fatti operata dalla sentenza impugnata: il giudice dell' *amparo* costituzionale, infatti, nell'impostazione appena riassunta, più che conoscere degli stessi fatti già conosciuti dal giudice di merito, può ricostruire autonomamente tutte le circostanze del caso oggetto della decisione impugnata in *amparo* nella misura e nei limiti in cui questa conoscenza sia rilevante ai fini della decisione della domanda sottoposta al suo esame, vale a dire ai fini dell'accertamento dell'avvenuta lesione di un diritto costituzionalmente protetto: la diversità di oggetto dei due giudizi (quello di *amparo* e quello in cui è maturata la pronuncia oggetto di ricorso di *amparo*) priverebbe di senso eventuali proposte di distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto, così come eventuali tentativi di delimitazione dei poteri di accesso al fascicolo processuale o di esclusione dei poteri di accertamento ed assunzione probatoria del Tribunale costituzionale: tali distinzioni avrebbero, infatti, significato soltanto all'interno della concezione dell'*amparo* costituzionale inteso come momento di controllo sull'interpretazione e sull'applicazione del diritto operata dal giudice comune.

I fautori della concezione dell'*amparo* costituzionale inteso come controllo dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto giustificano, secondo quanto in precedenza esposto, le proprie posizioni, così come le proprie divergenze, sulla lettera dell'art. 44, c.1, lett. b) LOTC, il quale vieta al Giudice dell'*amparo* di conoscere dei fatti oggetto del giudizio di merito. L'abbandono della concezione del ricorso di *amparo* come garanzia della correttezza dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto e del corretto esercizio della funzione giurisdizionale porta inevitabilmente con sé anche una nuova lettura di tale norma: l'art. 44 ,1 c., lett. b) LOTC significa, nella concezione dell'*amparo* costituzionale inteso come garanzia dei diritti fondamentali contro le lesioni operate dai pubblici poteri, nient'altro che questo: il Tribunale costituzionale non conosce i fatti già oggetto di conoscenza da parte del giudizio di merito semplicemente perché l'oggetto del ricorso di *amparo* è diverso dall'oggetto del giudizio di merito.

Nella prospettiva dell'*amparo* costituzionale come garanzia della corretta interpretazione e motivazione, il difetto di motivazione comporta sempre e necessariamente l'accoglimento del ricorso; nella prospettiva dell'*amparo* costituzionale come garanzia dei diritti il difetto di motivazione non necessariamente porta a tale conseguenza, ben potendo il giudice costituzionale procedere ad ulteriori accertamenti tesi alla migliore valutazione di tutte le circostanze di fatto dallo stesso reputati rilevanti ai fini della decisione sulla affermata lesione di un diritto costituzionale.

Le conseguenze di tale ultima impostazione non sono di poco conto, nemmeno per il caso giudicato e deciso dalla sentenza BILDU. Ad accogliere la concezione dell'*amparo* costituzionale come garanzia dei diritti il Giudice costituzionale, una volta riscontrata la mancanza di motivazione intorno alla provenienza da *Batasuna* di un determinato documento determinante e decisivo ai fini della prova della ricostituzione di tale partito, ben avrebbe potuto procedere ad ulteriori accertamenti, tesi, per esempio, a verificare se, nel particolare contesto in cui è maturato il documento, i termini *Batasuna* e *Izquierda Arbetzale* venivano usati come sinonimi.

La sentenza BILDU, arrestandosi l'accertamento del Giudice costituzionale non appena riscontrato il difetto di motivazione sopra indicato, pare muoversi interamente all'interno della concezione dell'*amparo* costituzionale come garanzia dell'interpretazione e della corretta motivazione. Pare, cioè, che il Tribunale costituzionale con la sentenza in parola si sia indirizzato verso la configurazione dell'*amparo* costituzionale come momento di controllo sulla motivazione del giudice comune e che abbia optato, fra le tre possibili soluzioni ricostruttive dei poteri di autonoma qualificazione dei fatti di causa da parte del Giudice

dell'*amparo* costituzionale sopra delineate, per la soluzione più ampia: vale a dire per la soluzione che riconosce libertà di intervento del Tribunale costituzionale nella qualificazione dei fatti di causa.

Il conflitto fra giurisdizione dell' *amparo* costituzionale e giurisdizione comune è stato definito ⁴⁰ come conflitto in larga parte "irrisolvibile". Non è, però, detto che ci si debba arrendere a tale pessimistica conclusione.

Forse la chiave della soluzione di una disputa così difficile da comporre sta nell'approfondimento delle ragioni di distinzione fra la garanzia di un diritto fondamentale ed i presupposti della garanzia medesima: la motivazione dell'atto giudiziario costituisce garanzia del diritto fondamentale o è solo il presupposto della stessa?

⁴⁰ L.A. MÉNDEZ LÓPEZ, Los conflictos ..cit., 165.